E. L. CATELLANI

II.

DIRITTO INTERNAZIONALE
PRIVATO

E I SUOI RECENTI PROGRESSI

SECONDA EDIZIONE RIVEDUTA ED AMPLIATA

II.

Il Savigny, la Scuola italiana e gli sviluppi più recenti
della dottrina dell'ordine pubblico.

TORINO
UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE
Corso Raffaello, 28.
MILANO — ROMA — NAPOLI
1902

II.

DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO

E I SUOI RECENTI PROGRESSI

II.

Il Savigny, la Scuola italiana e gli sviluppi più recenti della dottrina dell'ordine pubblico.

IL

DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO

ED I SUOI RECENTI PROGRESSI

CAPITOLO NONO

LE DOTTRINE MODERNE — LA COMUNITÀ DEL DIRITTO

152. Condizioni della vita europea più favorevoli allo sviluppo d'una dottrina uniforme. — 153. Dottrine ispirate dal principio della territorialità delle leggi. — 154. Il rispetto dei diritti acquisiti e i suoi limiti nella dottrina del Pütter. — 155. In quanto ne risulti assicurata l'applicazione in uno Stato delle leggi di un altro. — 156. Diverso concetto della territorialità nella dottrina del Kori; conseguenze pratiche di questa nei rapporti di diritto internazionale privato. — 157. Dottrine ispirate dal concetto della *comitas gentium*. — 158. Il diritto internazionale privato governato dai principii generali del diritto; dottrina del Massé; suoi difetti. — 159. Come quei principii generali siano formulati dallo Struve e dal Günther. — 160. Come siano determinati dallo Schäffner: prevalenza della legge di origine del rapporto giuridico. — 161. Giustificazione ed applicazioni di questa norma. — 162. Prevalenza della legge del luogo dove il rapporto giuridico deve spiegare la propria efficacia: dottrina dello Zachariae. — 163. Dottrine ispirate dal concetto dell'importanza dello statuto personale. — 164. In quale senso ed in quali limiti possa ascriversi a quest'ultima specie la dottrina del Puchta. — 165. Dottrina della territorialità delle leggi limitata in ciascun territorio dalla volontà spontanea dello Stato rispettivo; sviluppo di tale concetto per opera del Malblanc e dello Hauss. — 166. E del Kritz, del Rosshirt e del Mittermaier. — 167. Completo sviluppo dello stesso concetto per opera del Wächter. — 168. Applicazione della sua dottrina al regolamento internazionale dello stato e della capacità della persona e dei rapporti e diritti esclusivamente personali. — 169. Applicazione della sua dottrina alle cose singolarmente considerate ed ai diritti reali. — 170. Alle obbligazioni derivanti da delitto. — 171. Alle obbligazioni derivanti da contratto. — 172. Alle successioni. — 173. Ai rapporti famigliari. — 174. Le forme degli atti; giustificazione della regola *locus regit actum*. — 175. Carattere facoltativo, applicazioni e limiti di questa regola. — 176. Limiti necessarii all'esecuzione delle sentenze straniere. — 177. Significato ed importanza della dottrina del Wächter. — 178. Suoi difetti e dubbii e

152. — Il fine cui tende la dottrina e deve tendere la pratica del diritto internazionale privato, è la identità del sistema e la massima analogia delle norme. Il carattere distintivo della dottrina moderna del diritto internazionale privato è dunque la internazionalità quanto alla sua esistenza ed al suo sviluppo, e la massima uniformità quanto al suo contenuto. Il movimento di azione e di reazione cui son venuto accennando (1), dove ho trattato dell'influenza che le dottrine d'un paese e d'una scuola hanno esercitato su quelle d'altre scuole e d'altri paesi, doveva farsi molto più attivo ed operoso durante il secolo XIX; e da quello son derivate le dottrine contemporanee di diritto internazionale privato. Perchè a tale risultato si arrivasse, aveano cooperato infatti più attivamente nel corso del secolo i due fattori intrinseco ed estrinseco di progresso (2). Gli stessi elementi di vita sociale e morale diventavano sempre più comuni ai varii paesi d'Europa. Da ciò l'azione intellettuale e legislativa reciproca risultava sempre più facile; e più facile la formazione, anche nei rapporti di diritto internazionale privato, di sistemi e d'indirizzi europei.

Quanto meno differenti diventavano fra loro i sistemi di leggi, quanto meno divergenti i modi di concepirli e di considerarne l'autorità e l'importanza, e meno contrarii i modi di considerare lo straniero e i diritti di lui, tanto meno difficile era che le dottrine di diritto internazionale privato sviluppatesi in un paese avessero sempre maggiori analogie con quelle sviluppatesi contemporaneamente in altri territorii. E per le stesse ragioni, le dottrine d'un giurista potevano sempre più facilmente invocarsi come autorità in paesi diversi da quello dov'erano sôrte ed erano state originariamente professate.

(1) V. vol. I, pag. 510-514.
(2) V. vol. I, pag. 512.

Sicchè, anche in questa cerchia di rapporti, veniva elaborandosi quella ideale unità dell'Europa, che si è sviluppata durante il secolo XIX in tanta parte della vita morale, sociale ed economica.

Ma se tale è stata la tendenza delle dottrine del diritto internazionale durante il secolo XIX, quella tendenza, che pur aveva cominciato a manifestarsi nel secolo precedente, non ha potuto dar tosto molti, nè ha pur dato ancora tutti i suoi frutti. E chi voglia studiarne lo sviluppo nel corso del secolo, deve pur prendere le mosse da quelle dottrine che si erano sviluppate sulla base della partizione degli statuti.

153. — Alla dottrina della territorialità assoluta delle leggi che ha trovata tanta giustificazione e così valida difesa nel sistema feudale, si collega ancora nel 1851 quella del Pfeifer (1). Egli prende le mosse dal principio: che il giudice debba sempre ed in modo assoluto applicare la propria legge senza far distinzione di oggetti o di soggetti. A tale regola egli non ammette eccezioni; e pretende dedurne la giustificazione dal concetto della indipendenza degli Stati e ad un tempo dalle regole del diritto comune vigenti in Germania. Ma la rigida territorialità da lui professata, e la scarsa potenza di critica dimostrata nel difenderla, fanno giustamente dubitare al Mohl (2) « ob er den wirklichen Unfang der Frage und die aus seiner Entscheidung entspringenden Folgen klar und umfassend begriffen hat ».

Il Pütter (1803-1873), scrivendo sei anni prima del Pfeifer e prendendo le mosse dalle stesse dottrine fondamentali, non trascendeva fino a rinnegare tutti quei temperamenti che la dottrina tedesca era venuta recando nel corso dei due secoli antecedenti alla territorialità delle leggi (3). Anch'egli giudica necessaria l'applicazione, in ogni Stato, del diritto territoriale tanto nel giudicare degli atti giuridici compiuti dai proprii sudditi all'estero, quanto nelle decisioni da pronunciarsi nel paese riguardo agli stranieri. Tale norma egli giustifica così secondo i fondamenti del diritto privato, come secondo quelli del diritto costituzionale. Ogni nazione, egli dice, è tenace nel conservare le particolarità del proprio diritto; se ammettesse nel

(1) Pfeifer, *Die Principien des internationalen Privatrechts*. Tübingen 1851.
(2) Mohl, *Die Geschichte und Literatur der Rechtswissenschaften*, vol. I, pag. 448. Erlangen, Enke, 1855.
(3) Puetter, *Das praktische Europäische Fremdenrecht*. Leipzig, Hinrichs, 1845.

proprio territorio l'applicazione di una norma di diritto straniero, derogherebbe da quella tenacia, e ad un tempo lascierebbe ledere la propria indipendenza. Il diritto privato dunque non può giustificare l'applicazione d'una legge straniera. Quel diritto risulta dall'impero della sovranità sugli abitanti e sul territorio; importa dunque la necessità dell'applicazione a tutti, nei limiti dello Stato, del diritto territoriale. Nè può paragonarsi l'applicazione di una legge straniera, coll'applicazione in una provincia di uno Stato di una legge vigente in un'altra provincia del medesimo Stato. In questo caso è la stessa sovranità che, come sancisce due leggi diverse in due regioni che egualmente le appartengono, così regola con autorità sovrana la efficacia d'un diritto regionale nei territorii suoi dove altri diritti regionali sono in vigore. Nel primo caso invece si ha una sovranità che esige l'applicazione della propria legge d'ordine privato, nè può consentire nei proprii territorii l'esecuzione d'un comando emanato da autorità diversa dalla sua. Nè l'applicazione delle leggi straniere può giustificarsi secondo i principii di diritto pubblico interno; poichè questo sancisce e giustifica piuttosto quella indipendenza e quella esclusività di comando che è affermata anche dalle leggi di ordine privato. Se una qualche deroga può farsi all'assoluta territorialità delle leggi, quella deroga non può giustificarsi se non colle necessità del pratico diritto internazionale.

Questo e la morale vietano al moderno Stato cristiano di restarsene del tutto segregato dagli altri (1). Ciascuno Stato deve riconoscere la piena sovranità degli altri, e, nei proprii rapporti con questi, deve considerare sè medesimo non come *lo Stato*, ma come *uno Stato* della loro società internazionale (2). Su questo razionale e reciproco riconoscimento dei popoli cristiani, riconoscimento reciproco cioè della loro libera e piena sovranità, riposa tutto il pratico diritto internazionale europeo ed in particolarità il diritto internazionale privato (*das Fremdenrecht*) (3). « Infatti (4) il riconoscimento della sovranità di uno Stato cristiano si riferisce non solo allo Stato colla sua costituzione ed amministrazione e governo, ma anche al suo diritto

(1) Puetter, l. c., *Enleitung*, § 4, pag. 8-10.

(2) L. c., pag. 9: " Nicht der Staat, sondern ein Staat ".

(3) Tale infatti è il nome che il Pütter dà al diritto internazionale privato, definendolo così (pag. 11): " Das europäische Fremdenrecht ist das allgemeine christliche Völkerrechtsgesetz für die Rechte, Rechtsgeschäfte und Verhältnisse Unterthanen des einen Staates im Gebiete der andern ".

(4) L. c., pag. 10.

positivo ed alla sua popolazione coi rispettivi diritti acquisiti »; e tali conseguenze che si fanno derivare dal riconoscimento dello Stato, non dipendono pertanto più dal capriccio e dal favore, ma bensì dalla ragione e dal diritto internazionale (1).

Il diritto internazionale dunque riposa sul riconoscimento da parte di ciascuno Stato di questo principio: che il diritto, la costituzione e le leggi d'ogni Stato sono rispettivamente valide, che i suoi atti e le sue testimonianze corrispondono alla verità, ed i suoi sudditi vivono secondo ragione e sono capaci di diritto. Lo straniero è, quanto alla propria persona, soggetto a due Stati ed a due sistemi di diritto; cioè allo Stato del quale è suddito ed a quello nel cui territorio si trova. Nei riguardi poi di singole cose o di singoli diritti, esso può essere soggetto ad un terzo, un quarto od un decimo Stato (2). Ciascuno di questi Stati e di questi sovrani attribuisce a sè stesso il supremo diritto di legislazione, di amministrazione e di giurisdizione rispetto ai proprii sudditi ed al proprio territorio. Identiche attribuzioni riconosce agli altri Stati rispetto ai sudditi e al territorio loro. Vuole però che, non meno della sua costituzione e delle sue leggi, siano riconosciuti dagli altri Stati i diritti acquisiti conformemente a quella costituzione ed a quelle leggi dai suoi sudditi; e, dal canto proprio, riconosce e protegge i diritti acquisiti legittimamente negli altri Stati secondo le leggi in quelli vigenti. Tale riconoscimento dei diritti acquisiti all'estero sussiste in quanto quei diritti acquisiti non siano in assoluta opposizione col diritto positivo territoriale dello Stato che dovrebbe riconoscerli.

Tutta l'esistenza del diritto internazionale privato secondo il Pütter dipende da una deroga eccezionale dall'assoluta territorialità delle leggi; e quella deroga è ispirata dal rispetto dei diritti acquisiti, e si estrinseca in ciascuno Stato secondo le proporzioni consentite dalla reciprocità, e dalle esigenze assolute delle leggi territoriali. Il diritto internazionale privato positivamente considerato, sarebbe dunque, secondo il Pütter, la dottrina del riconoscimento in uno Stato dei diritti legittimamente acquisiti in un altro Stato e della misura e dei limiti di tale riconoscimento. Egli considera pertanto: 1. Il suddito che si trova all'estero, in relazione collo Stato, col sovrano e col diritto cui è soggetto; 2. Lo straniero in relazione collo Stato, col

(1) L. c., pag. 11: " Den Grund seiner Geltung hat es im Völkerrechte, ist ein wesentlicher Theil desselben ".

(2) L. c., pag. 12.

sovrano e col diritto nel cui territorio si trova; 3. Il diritto acquisito legittimamente in uno Stato, in relazione colla magistratura giudicante di un altro Stato.

154. — Rispetto alla prima ipotesi, il Pütter espone, come corrispondente tanto alla ragione quanto ai diritti codificati vigenti al suo tempo, la regola della universalità dello stato e della capacità personale *nei riguardi dello Stato cui originariamente la persona appartiene*, anche quando la persona di cui si tratta si trovi all'estero. Ed in tale senso dev'essere giudicata dai tribunali patrii tanto la capacità relativamente agli atti compiuti da quei cittadini all'estero, quanto il regolamento dei rapporti di famiglia dei sudditi che dimorino in altro territorio. Alle cose mobili, che si suppongono aderire giuridicamente alla persona cui appartengono, si applica la medesima regola. E quanto ai mobili di un cittadino, che siano stati trasportati all'estero, debbono considerarsi validi in patria gli atti giuridici compiuti all'estero secondo le leggi patrie, siano o non siano considerati quegli atti come validi anche nel territorio straniero dove sono stati compiuti.

La seconda ipotesi dà modo all'autore di riaffermare l'assoluto impero di ciascuno Stato nel proprio territorio; impero che è in contraddizione coll'efficacia pratica di quelle regole relative alla personalità delle leggi, che sono state formulate prendendo in esame la prima ipotesi. Lo Stato (1) può permettere o vietare l'ingresso nel territorio agli stranieri. Quando questi vi entrino sono soggetti al potere sovrano dello Stato ed alle sue leggi, siano queste leggi generali dello Stato o specialmente promulgate per gli stranieri. Da tali conseguenze della territorialità (2) il sovrano del paese cui quegli stranieri appartengono non li potrebbe preservare, poichè il sovrano del paese dove quegli stranieri si trovano, resta, nel sottoporli alla propria sovranità ed alla propria legge, nel pieno esercizio dei proprii diritti. Il primo di quei sovrani può soltanto reclamare amichevolmente contro l'iniquo trattamento fatto ai proprii sudditi; e, nel caso di negata riparazione, ricorrere alla *retorsio juris iniqui*. Può anche assicurare ai proprii sudditi, mediante trattati internazionali, un migliore trattamento. Molti Stati hanno anche dichiarata la reciprocità, che è la base del diritto internazionale pratico, come la legge fondamentale pur del

(1) V. pag. 26-29.
(2) L. c., § 25, pag. 27.

diritto internazionale privato. E così si arriva a questa regola fondamentale: « gli stranieri fruiscono in un territorio di quei diritti, che nella patria di quegli stranieri godono i sudditi di quel territorio ». Quando tale reciprocità non sussista, oppure sussista soltanto rispetto a determinati rapporti, allora impera la regola seguente: « agli stranieri vien attribuita la protezione giuridica come ai cittadini ». Tale regola deriva dalla essenza stessa dello Stato cristiano, dal riconoscimento della legittimità degli altri Stati, e dai diritti della natura umana. Se dunque in un territorio il diritto e la capacità degli stranieri non sono dalla legge particolarmente determinati e limitati, devono applicarvisi le leggi territoriali applicabili ai privati appartenenti a quello Stato. Dal che risulta che quegli stranieri fruiranno nello Stato dei diritti civili dei cittadini e non dei diritti politici; e che al regolamento di quelli si applicherà in tutto la legge vigente nello Stato. Gli stranieri sono dunque (1), quando espresse eccezioni non siano sancite per loro, sottoposti a quelle stesse leggi generali relative ai diritti delle persone, che sono in vigore per gli indigeni. Essi hanno pertanto gli stessi diritti personali e la stessa capacità giuridica dei cittadini; e tali loro diritti sono retti dalle leggi del paese dove quegli stranieri si trovano e non dalle loro leggi patrie (2), cosicchè della capacità od incapacità dello straniero a compiere atti giuridici nel nostro territorio, si debba giudicare secondo la legge di questo e non secondo la legge dello straniero. La medesima regola è applicata ai diritti di famiglia (3); così che lo stesso regime economico famigliare muti collo stabilirsi di una famiglia nel territorio di uno Stato diverso da quello cui è soggetta (4). Del pari i contratti fra stranieri, stipulati nel nostro paese, quando si vogliano far valere davanti ai tribunali del nostro territorio, devono corrispondere a tutte le esigenze della legge territoriale sia quanto a forma, sia quanto a contenuto.

Nell'accingersi all'esame della terza ipotesi, il Pütter nota che la regola secondo la quale un diritto acquisito deve essere dovunque riconosciuto e protetto, par così naturale ed universale, così conforme a ragione, e così radicata in tutte le legislazioni, da doversi giudicare applicabile completamente anche nei rapporti internazionali. Pare pertanto che i diritti legittimamente acquisiti da taluno

(1) L. c., § 28, pag. 30.
(2) § 32, pag. 33 e §§ 33 e 34, pag. 34.
(3) L. c., §§ 35-43, pag. 36-41.
(4) V. pag. 41-44; §§ 44-46.

in uno Stato secondo le leggi di questo, debbano dovunque essere riconosciuti e protetti negli altri Stati, come i diritti acquistati dai sudditi nelle varie provincie dello Stato alle quali rispettivamente appartengono, devono essere protetti in tutto quanto lo Stato. Ma, soggiunge il Pütter, in questa guisa, tale regola non è punto una pratica norma di diritto internazionale; bensì la regola di diritto internazionale relativa alla protezione dei diritti legittimamente acquisiti all'estero, si può riassumere così: « I diritti legittimamente acquisiti in un paese secondo le leggi locali, devono in ogni altro paese cristiano riconoscersi e proteggersi *secondo le leggi territoriali* » (1). Il diritto acquisito all'estero non sarà dunque tutelato nello Stato, se non in quanto anche in quest'ultimo sia considerato un diritto in genere ed in ispecie un diritto suscettibile d'essere in un determinato modo e da determinate persone acquistato; e, dopo averlo riconosciuto, vi sarà attribuita la protezione concessa dallo Stato ai diritti di questa categoria (2).

La giustificazione del riconoscimento dei diritti acquisiti all'estero, è desunta da quel generale principio fondamentale del diritto internazionale secondo il quale gli Stati cristiani si riconoscono reciprocamente come sovrani, e, come imperanti rispettivamente nei singoli proprii territorii, riconoscono reciprocamente le leggi rispettive. Da quel principio fondamentale deriva pur quello del reciproco riconoscimento della obbligatorietà di queste leggi rispettive; e collo stesso principio pur si giustifica il riconoscimento dei diritti legittimamente acquisiti in un altro territorio. Ciascun sovrano riconosce dunque i diritti acquisiti tanto in patria quanto in un altro Stato dai proprii sudditi, e nell'esercizio di quei diritti deve e può proteggerli anche nei terzi Stati.

Lo stesso rispetto che uno Stato ha dei diritti acquisiti dai suoi sudditi, deve pur avere, per le stesse ragioni, dei diritti acquisiti dagli stranieri. A ciascuno Stato però (3) compete la ultima e suprema decisione da cui risulti se ed in quanto un rapporto sia legittimo, se, come e da chi un diritto sia legittimamente acquisito e posseduto, e

(1) § 117, pag. 131.

(2) § 117, pag. 132: " Daher hat jeder Staat die letzte und höchste Entscheidung darüber, ob und inwiefern ein Verhältniss recht sei, ob, wie und von wem ein Recht wohlerworben und besessen, und welcher Schutz ihm zu gerwähren sei ".

(3) L. c., § 117, pag. 132.

quale protezione gli possa competere. Il sovrano straniero (al quale del resto nel suo territorio spetta la stessa *ultima ratio*) non può dunque pretendere in un territorio, per il diritto di un proprio suddito, nessuna maggiore o diversa validità di quella che deriverebbe dalla legge comune vigente in quel territorio quando il diritto in questione spettasse ad un suddito. Tale validità dei diritti acquisiti all'estero dagli stranieri, è poi riconosciuta e consentita da ogni Stato cristiano, anche senza intervento dei sovrani stranieri, quando quei diritti siano debitamente provati; e ciò per effetto della propria spontanea volontà, mossa da ragioni d'ordine internazionale.

I punti fondamentali della dottrina del Pütter si possono dunque riassumere così: **1**. Assoluta territorialità delle leggi; **2**. Applicazione da parte di ciascuno Stato delle proprie leggi ai sudditi anche nei rispetti dei loro atti compiuti in altri territorii; **3**. Perfetta facoltà di ciascuno Stato di accogliere o non accogliere gli stranieri nel proprio territorio, e, quando li abbia accolti, impero di queste due regole: *a*) o la reciprocità o la parificazione ai cittadini quanto alla somma dei diritti d'ordine privato; *b*) soggezione completa alla legge territoriale quanto al regolamento dei diritti che sono loro attribuiti; *4*. Rispetto reciproco, garantito dai singoli Stati, ai diritti legittimamente acquisiti all'estero, ma sotto la riserva del prevalere del diritto territoriale nella determinazione di questi due punti: *a*) se si tratti di un diritto acquisibile; *b*) in qual modo ed in qual misura debba essere protetto.

155. — I diritti acquisiti all'estero si possono provare in due modi: o con un documento autentico emanato dai tribunali o da altre magistrature straniere; o colla prova, fornita dalla parte interessata, così dei fatti sui quali essa appoggia il proprio diritto, come della legge positiva patria o del diritto consuetudinario, per effetto del quale essa sostiene che derivi per essa dai fatti dimostrati il diritto in questione. La prova del fatto può eseguirsi dal tribunale straniero pertinente al paese cui il fatto si riferisce, per domanda del tribunale del paese dove il fatto è invocato; o dal tribunale di quest'ultimo paese, nei limiti e nei modi richiesti dalla procedura che vi è in vigore (**1**). La prova della regola di diritto straniero è ancora più incerta; poichè nè la presentazione della legge straniera vale a dimostrare che quella legge sia ancora in vigore; nè la testimonianza di

(1) L. c., pag. 134, § 119, b.

un perito che attesti l'esistenza di una legge, dimostra che quella legge sia la sola applicabile al caso in questione. Il miglior mezzo sarebbe quello di far dichiarare da giureconsulti appartenenti al paese il cui diritto si invoca, quali siano le regole obbligatorie applicabili al caso in questione. Ma poichè questo ricorso ai periti tecnici non è generalmente ammesso dalle legislazioni, la prova del diritto straniero riesce tutt'altro che facile e certa (1).

Più misurata e ristretta apparisce poi l'applicazione del diritto straniero, laddove il Pütter tratta in particolare dei varii diritti acquisiti all'estero. Qui egli prende le mosse dalla seguente regola: « Lo stato personale è così totalmente ed esclusivamente determinato e governato dalle leggi di ciascun paese, che le leggi, le sentenze e le ordinanze straniere, non possono avere sullo stato, la libertà e la capacità di tutti coloro, sudditi o stranieri, che si trovano nel territorio, veruna maggiore influenza di quella che sia loro consentita esplicitamente dalle leggi vigenti nel territorio ». Il diritto personale degli stranieri è dunque riconosciuto in ciascun paese soltanto per quello che si riferisce all'estero e per i rapporti di diritto stranieri; mentre, tanto ai sudditi quanto agli stranieri stabiliti nel territorio, si applicano le leggi territoriali. Le attribuzioni della persona non sono dunque regolate in un paese secondo le leggi dell'altro paese cui quella persona appartiene, ma secondo quelle leggi straniere vi sono governati soltanto i diritti già acquistati da quella persona nel paese cui essa politicamente appartiene.

La capacità giuridica degli stranieri, così com'è intesa e regolata dalla loro legge patria, non è pertanto (2) ascritta al numero dei diritti acquisiti. La capacità è regolata dovunque dalla legge del territorio; uno straniero che sia capace secondo la propria legge, ma incapace secondo quella del territorio dove abbia agito, sarà ritenuto eccezionalmente obbligato anche in quest'ultimo territorio perchè potrebbe essere per quelle sue obbligazioni chiamato a rispondere davanti ai tribunali del suo paese; uno straniero incapace secondo la propria legge e capace secondo quella del paese dove si trova, non potrà esser tenuto a rispondere in quest'ultimo paese degli atti giuridici compiuti nel paese d'origine secondo la legge del quale è incapace. Certi rapporti di capacità che risultano da una deficienza constatata

(1) L. c., pag. 135, 6, § 120.
(2) L. c., pag. 141, § 123.

o dall'autorità maritale, son considerati come diritti acquisiti e seguono la persona all'estero (1). I rapporti di famiglia bene costituiti all'estero, sono riconosciuti nel paese dove quella famiglia od uno dei suoi membri si trova; ma i diritti e le facoltà che da quei rapporti derivano devono regolarsi dovunque secondo la legge territoriale. La legalità del matrimonio validamente contratto resta in ogni paese un diritto acquisito dei coniugi; ma i loro diritti personali sono regolati dalla legge del territorio dov'essi si trovano. Sui beni mobili di un coniuge accidentalmente esistenti in un paese, l'altro coniuge, venuto da paese diverso, può dimostrare d'avere già un diritto acquisito di proprietà o di usufrutto o d'altra natura; ma se si deve giudicare dei diritti e doveri reciproci, in relazione così colle persone, come coi beni, deve ricorrersi alla legge del territorio dove i coniugi dimorano. Così nei rapporti fra genitori e prole stranieri, la patria potestà è retta dalla legge territoriale; e lo stesso avviene circa i diritti patrimoniali del padre sui beni dei figli, quando quello non possa dimostrare rispetto a singoli beni d'avere già un diritto acquisito all'estero per effetto della legge straniera.

I diritti acquisiti in un paese (2) sono protetti in un altro secondo le leggi territoriali di quest'ultimo. Perciò non possono pretendere al riconoscimento ed alla protezione, quelli che secondo il diritto territoriale non siano ritenuti diritti, o il cui oggetto non sia dalle leggi territoriali ritenuto oggetto possibile di diritti. Quelli poi che, come diritti acquisiti, sono riconosciuti, vengono protetti sotto le stesse condizioni e nello stesso modo che i diritti acquisiti nel territorio. La quale regola, di applicazione semplice nei riguardi della proprietà immobiliare, presenta molti dubbii e difficoltà di applicazione circa la proprietà delle cose mobili, le obbligazioni e le successioni. Ad esempio i diritti derivanti da contratto, sono riconosciuti in uno Stato diverso da quello del contratto, quando il riconoscimento non ne sia impossibile secondo le leggi territoriali. Quanto al contratto, della sua forma si giudica secondo la legge *loci contractus*. Quanto al contenuto, il giudice di un paese diverso da quello del contratto ne giudicherà secondo il proprio diritto; e quando nessuna legge speciale esista relativa ai contratti stranieri, secondo i principii generali del diritto vigente nel paese. A decidere se il rapporto in questione sia

(1) V. § 123, pag. 143.
(2) L. c., § 140, pag. 153, 4.

lecito e suscettibile di obbligazione, se il credito si debba riconoscere, e come, ammessone il riconoscimento, si possa costringere il debitore ad una riparazione od al risarcimento (1), il giudice deve ricorrere alla legge del suo territorio. E il contenuto del contratto, sarà regolato secondo la legge straniera, in tutto quel tanto che sia abbandonato dal diritto territoriale all'autonomia delle parti, e quando queste espressamente o tacitamente siansi sottoposte per quel rapporto alla legge straniera, così da poter invocare i rispettivi diritti regolati da quella, come loro diritti acquisiti. Se la prova specifica così di tale sottomissione volontaria delle parti al diritto straniero, come della norma di diritto straniero cui è soggetto il rapporto giuridico, non può esser data, allora il significato del contratto che risulta dalla legge territoriale prevale su ogni altro, e il diritto positivo vigente nel territorio riacquista tutto intero il proprio impero.

Il sistema del Pütter si svolge dunque tutto sul principio della territorialità della legge, temperato dal rispetto dei diritti acquisiti. Ma il concetto stesso che l'autore formula di questi diritti acquisiti e le condizioni poste da lui al loro riconoscimento come tali, in gran parte ribadiscono l'impero della territorialità; e del resto ne risulta una formula oscura ed incerta. A tutti gli atti compiuti dai cittadini all'estero applicando la legge patria, ed a tutti gli atti compiuti dagli stranieri nel territorio la legge territoriale, si considerano già tanto diversamente l'autorità e la cerchia d'impero della propria legge e di quella straniera, da essere troppo lontani nella dottrina dall'idea di diritto internazionale privato, e nella pratica dalla possibilità di veder accolte dagli altri Stati regole in armonia con quelle nel proprio territorio adottate circa l'impero delle leggi nello spazio. Nel determinare poi la misura di rispetto dei diritti acquisiti, v'è un elemento di eccessiva territorialità in quanto si riferisce alla loro definizione, alla loro attribuzione ad una determinata categoria di diritti, ed al subordinare alla legge del giudice l'estensione della loro efficacia. V'è inoltre un elemento di incertezza e di oscurità, inquantochè sovente non si sa bene se sia soltanto un diritto singolo ed individuo che possa considerarsi come acquisito, oppure se possa considerarsi come definitivamente acquisita anche una facoltà potenziale che è alla sua volta fonte di diritti individui e specifici. E talora l'una, talora l'altra delle due soluzioni, pare giustificata dai ragionamenti del

(1) L. c., pag. 162, § 151.

Pütter. Sicchè n'esce una instabilità ed incertezza di dottrina, che è poi aumentata dalla necessità di quelle concessioni della legge territoriale che egli giudica indispensabili perchè si possa ammettere l'applicazione nel territorio di una legge straniera, e dalla conseguente prova specifica che egli esige, della legge straniera che si deve applicare. Sicchè, pur seguendo la dottrina del Pütter, si potrebbe arrivare con diverse ed apparentemente del pari giustificate interpretazioni, tanto alla più rigida territorialità delle leggi, quanto ad un sistema abbastanza liberale di diritto internazionale privato. Nel fondo delle dottrine egli pertanto in nulla si allontana dai più rigidi fondamenti dei realisti statutarii. E nei limiti, nei quali se ne allontana, non riesce a formulare delle norme, che all'apparente semplicità ed esattezza loro, facciano corrispondere la logica e costante coerenza delle applicazioni. Sicchè il suo trattato, nel quale l'autore pur intravvede (1) la base più razionale del diritto internazionale privato, riesce, per la dottrina tradizionale dalla quale non sa staccarsi, e per il modo cui si appiglia per moderarne gli effetti, una dimostrazione per assurdo di quanto sia condannabile la dottrina della territorialità delle leggi.

156. — Parecchi anni prima del Pütter, il Kori, partendo dallo stesso principio fondamentale della territorialità delle leggi, ne formulava le conseguenze in modo più semplice e più chiaro (2). Egli prende a fondamento del suo discorso il principio: che la sovranità territoriale si estende a tutti i sudditi che abitano nel territorio, a tutte le cose mobili ed immobili che vi si trovano, ed alle persone degli stranieri mentre vi fanno dimora. Tutte queste persone e queste cose sono dunque soggette alle leggi del paese, dove si trovano, in tutti i rapporti così di diritto pubblico come di diritto privato. La formula della territorialità è dunque assoluta, e nel tempo stesso più logica di quella del Pütter, essendo applicata da prima « ai sudditi che abitano nel territorio ». Così si esclude quella personalità eccezionale della legge che il Pütter (3) ammette in uno Stato quanto agli atti compiuti all'estero da cittadini, senza ammetterla poi a favore della legge straniera anche quanto agli atti compiuti da stranieri nel terri-

(1) V. Puetter, § 4, pag. 8-10 e § 117, pag. 132.

(2) August Sigismund Kori (1775-1850), *Erörterung praktischer Rechtsfragen aus der gemeinen und sächsischen Civilrechte und Civilprozesse*, 2ª Aufl., 1836, 7, parte III, pag. 1 e seguenti.

(3) § 154, pag. 5 e 6.

torio. Tale diversità di concetto circa la cerchia rispettiva di efficacia territoriale della legge propria e di quella straniera, non è giustificabile in teoria, e in pratica può dar occasione ad una serie infinita di ritorsioni e di conflitti.

Nella dottrina del Kori invece la efficacia della legge si riconosce limitata al territorio del legislatore, ed assoluta nel territorio rispettivo, tanto se si tratta della legge dello stato del giudice, quanto se si tratta di una legge straniera. Il Kori però nell'applicare questa dottrina della territorialità, tien conto sopratutto, non già del territorio dove l'individuo materialmente si trova e manifesta la propria volontà o del territorio dove l'atto giuridico è materialmente compiuto, ma bensì di quello dove tale volontà o tale atto giuridico devono spiegare la loro efficacia sulle cose. Quando, ad esempio, in un paese si stipuli un contratto fra stranieri, si dovrà badare anzitutto alla legge cui essi, facendo uso della propria autonomia, hanno sottoposte le proprie stipulazioni; e dei limiti di tale autonomia si dovrà giudicare in parte secondo le leggi del luogo del contratto ed in parte secondo la legge personale dei contraenti. Quando delle indicazioni di tale autonomia non si debba tener conto, o perchè le parti non abbiano voluto usarne, o perchè la legge non lo consentisse, allora la forma e la efficacia del contratto saranno giudicate secondo le leggi del luogo della stipulazione. Ma il contratto, così regolato, obbliga semplicemente le proprietà dello straniero che trovansi nel medesimo territorio, non la proprietà situata all'estero, ogni qualvolta il contratto sia in opposizione colle leggi proibitive del paese della situazione, che vietino di stipulare, per effetto della propria autonomia, diversamente dalla manifesta volontà del legislatore. E le stesse regole dovrebbero applicarsi alle disposizioni unilaterali, senza far eccezione per quelle di ultima volontà. Applicando poi un'altra conseguenza della medesima norma, il Kori afferma che la capacità personale degli stranieri sia a compiere atti giuridici, sia all'acquisto immediato di diritti in genere o di diritti di una determinata specie, debba, in quanto quegli stranieri vogliono compiere atti giuridici o possono acquistare diritti in territorio diverso da quello dello Stato cui appartengono, giudicarsi e regolarsi in tale territorio secondo le leggi che vi sono in vigore. Ciò quanto ai beni situati nel territorio; mentre i loro beni situati in paese diverso, in quanto la legge vigente nel luogo della situazione non ammetta quella capacità, non risentiranno verun effetto degli atti di volontà compiuti legittimamente nell'altro territorio.

Si potrebbe dire dunque che nella dottrina del Kori prevale l'impero della territorialità, ma considerato piuttostochè nella genesi dell'atto di volontà, o nei varii elementi del rapporto giuridico, *nel punto di incidenza* dell'uno o dell'altro. Da ciò deriva una conseguenza importantissima quanto alla possibilità di applicare legittimamente in un paese la legge straniera. Se un individuo stipula un contratto in un paese diverso da quello cui appartiene, il giudice del luogo della stipulazione dovrà giudicarne secondo le leggi del paese cui lo straniero appartiene, ogni qualvolta ad estinguere l'obbligazione non possa essere stata destinata se non che la proprietà mobile od immobile del contraente situata nella sua patria, ed all'obbligazione si riferiscano leggi imperative di questa.

L'importanza che da tale dottrina è attribuita alla legge della situazione delle cose, si trova, come osserva il Wächter (1), in grande e frequente contraddizione coll'importanza che dalla stessa dottrina si attribuisce al luogo dell'atto ed alla soggezione delle parti alle leggi di questo. In realtà il Kori vuol far prevalere, quanto alle attitudini della persona, la legge del luogo dove la persona si trova, e quanto agli atti giuridici la legge del luogo dell'atto, facendo però eccezione, quanto alle proprietà esistenti in altri territorii, ogni qualvolta la legge della loro situazione sia in contraddizione assoluta con quella della dimora della persona o del compimento dell'atto. Ora è evidente che l'eccezione annulla troppo frequentemente la regola e sopratutto il concetto dell'uniforme regolamento così della capacità della persona come della sostanza e degli effetti degli atti e delle obbligazioni. Così la competenza del nostro giudice a decidere di rapporti interessanti stranieri che vivano nel nostro territorio, e la conseguente esecutorietà anche nel paese dello straniero delle sentenze relative a quei rapporti, trovano un ostacolo, quando quello straniero non possieda beni se non in patria, nelle leggi imperative di questa. L'impero della legge dell'atto e l'impero della legge della situazione delle cose, così come il Kori li definisce, non sono due regole che a vicenda si limitino, ma piuttosto due regole che troppo spesso si escludono e si contraddicono. Senza dubbio in un punto la dottrina del Kori è preferibile a quella del Pütter. Quest'ultimo infatti, argomentando dal punto di vista di uno Stato determinato, ammette l'impero delle leggi di

(1) Waechter, *Ueber die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten* (*Arch. f. Civilistische Praxis*, XXIV Band, 2 Heft, § 13, pag. 307, 308).

tale Stato sui sudditi che non risiedono in patria e sui loro atti giuridici compiuti all'estero; ma afferma la regola dell'applicazione assoluta della legge di quel medesimo Stato agli stranieri che si trovano ed agli atti giuridici che sono compiuti nel suo territorio. In ciò, come ho già osservato, non solo è evidente una contraddizione nel valutare l'ampiezza d'impero e di applicazione delle diverse leggi, ma ne deriva anche una serie infinita di conflitti. Poichè se l'Italia giudica della capacità e della validità degli atti giuridici di Austriaci residenti in Italia secondo la legge italiana, e della capacità e della validità di atti di Italiani residenti in Austria pure secondo la legge italiana, non potrà attendersi che in Austria si rispettino (in quanto possano produrvi effetti giuridici) quelle due soluzioni e meno che mai la seconda. Il Kori invece ha avuto il merito di adottare un criterio che debba valere in tutti i paesi come elemento decisivo di giudizio nell'applicazione della legge nazionale e di quella straniera; e che, come tale corrisponde meglio al concetto fondamentale della sovranità ed a quello stesso del diritto internazionale privato. Ma il contrasto fra due territorialità: quella della legge del luogo dove la persona si trova ed agisce, e quella della legge del luogo dove si trovano le cose che formano oggetto del rapporto giuridico, contrasto piuttosto apparentemente eliminato da lui nella formulazione delle regole, che non effettivamente escluso nella loro applicazione, dimostra, pur di questa dottrina di lui, i difetti intrinseci e l'insufficienza pratica.

Tutte queste dottrine, fondate sul concetto della territorialità, che nel tempo stesso vogliono tener conto delle moderne necessità contrarie alla territorialità stessa, dimostrano che questo solo concetto non può più informare un moderno sistema di diritto internazionale privato; che il criterio di applicazione delle leggi straniere non può più considerarsi come una semplice eccezione alla territorialità ammessa come regola; e che invece quel criterio appunto, considerato come superiore alla volontà degli Stati, o come elemento razionale determinante della loro volontà, dev'essere posto a base del diritto internazionale privato.

157. — Maggior influenza esercitavano e più numerosi seguaci continuavano a raccogliere le dottrine di Giovanni Voet e quelle degli ultimi statutarii francesi: quelle cioè che, con varia copia di risultati, ricorrevano alla *comitas gentium* come ad elemento di moderazione della territorialità delle leggi. Secondo questi autori, lo stretto diritto vuole che ogni Stato sia nel proprio territorio del tutto indi-

pendente dagli altri Stati così nella sua funzione legislativa, come in quella giudiziaria. Da ciò il diritto, per ogni Stato, di applicare le proprie leggi alle persone ed alle cose che si trovano, tanto permanentemente quanto in via transitoria, nel suo territorio. Ma la considerazione delle necessità reciproche e della *comitas gentium*, consiglia e persuade i singoli Stati a dare presso i tribunali del territorio rispettivo, efficacia alle leggi straniere, quando il diritto di colui che ricorre ai giudici di tale territorio dipenda dal riconoscimento di quelle leggi, e quando tali leggi non siano in contraddizione coi supremi diritti od interessi dello Stato cui il giudice appartiene. È riconosciuto in modo speciale da tali autori che i diritti relativi allo stato personale di un forestiero devono essere determinati dalla legge della sua patria; che circa la proprietà immobiliare decidono le leggi della situazione dei beni, e che le forme degli atti giuridici sono regolate dalle leggi del luogo dove gli atti stessi sono compiuti.

Il punto di partenza di queste dottrine non è diverso da quello delle dottrine ispirate assolutamente dal concetto della territorialità. L'elemento di moderazione ed il fattore d'eccezionale estraterritorialità della legge, vi è però più logico e meno in contraddizione coi fondamenti stessi della dottrina. Infatti se si ammette come una necessità razionale e pratica la assoluta territorialità della legge, non si vede per qual ragione possa poi uniformemente temperarla il rispetto dei diritti acquisiti, quando dalle singole volontà dei varii Stati variamente dipende il determinare quali si debbano ritenere diritti acquisiti e quali suscettibili di uno speciale modo di acquisto. Facendo derivare la territorialità che è la regola da un fatto intrinseco: la volontà assoluta di ciascuno Stato nel suo territorio; e facendo poi derivare le eccezioni alla territorialità da un fatto estrinseco: la esistenza di diritti acquisiti sotto l'impero di altre volontà di Stato; manca un criterio uniforme per determinare con proporzioni costanti di quanto quell'arbitrio assoluto dello Stato che è la regola debba piegarsi all'efficacia delle leggi straniere che è l'eccezione. Se poi si vuole che la territorialità dello Stato del giudice ceda talora in parte alla territorialità dello Stato dove son situate le cose che formano oggetto del rapporto giuridico, si arriva, come ho notato, alla confusione incomposta ed arbitraria di due territorialità, delle quali sovente non si sa comprendere perchè, date le premesse, la seconda debba prevalere.

La dottrina della *comitas* ha invece sulle antecedenti il pregio di far dipendere dalla volontà dello Stato tanto il fondamento razionale della territorialità delle leggi, quanto quello dei suoi limiti e delle sue eccezioni. Lo Stato, perchè è sovrano ed indipendente, ha il diritto di legiferare su tutti quanti si trovano e su tutto quanto è situato nel suo territorio. Lo Stato, per le stesse ragioni, ha il diritto di applicare nel proprio territorio esclusivamente le proprie leggi. Ma lo Stato, per equità e per cortesia internazionale ed anche per opportunità di reciproci vantaggi, si induce ad applicare in una certa misura nel proprio territorio le leggi civili straniere, per poter ottenere che in eguale misura siano applicate le proprie leggi ai proprii sudditi nei territorii degli altri Stati. Qui la dottrina è almeno formalmente ben costrutta per ciò: che nella volontà ed indipendenza dello Stato si trova la ragione così della regola come dell'eccezione: della regola di territorialità che è la conseguenza della sovranità indipendente ed assoluta di ciascuno Stato, e della eccezione che deriva pure dalla volontà dello Stato, liberamente accettante e formulante qualche limite a sè medesima.

Un difetto però sussiste in questa dottrina; difetto derivante dall'indole indeterminata ed arbitraria del criterio che si suppone ispirare lo Stato nelle sue deroghe dalla territorialità delle leggi. Poichè l'equità e la opportunità e il desiderio di vantaggi reciproci sono termini troppo vaghi e troppo poco rispondenti a qualche concetto teorico e razionale assoluto, per poter ispirare, anche nelle dottrine degli scrittori, un sistema uniforme di diritto internazionale privato. L'equità e il desiderio della reciprocità possono in determinate circostanze ispirare il massimo, in altre circostanze il minimo di applicazione del diritto straniero; e pertanto la *comitas* è un elemento che, nel suo esplicarsi, non informa necessariamente *un sistema*, ma può ispirare, secondo i tempi, gli Stati, e le circostanze, *molti e fra loro diversi sistemi* di diritto internazionale privato.

Tale dottrina che si collega da un lato a quella che ebbe in Giovanni Voet uno dei più autorevoli rappresentanti, ebbe fortuna nella prima metà del secolo XIX in tutti i paesi d'Europa, e nei paesi anglo-sassoni ha acquistato tanta autorità da esser talora considerata quasi come una loro caratteristica esclusiva. Lo Story (1834) è stato in quei paesi, fuor d'ogni dubbio, il più autorevole fautore di tali dottrine, e la sua opera sviluppata dal punto di vista della *common law* inglese, è ancora una fonte dottrinale e positiva di grande

valore (1). Il Rocco (1837) sviluppa la stessa dottrina sulla base delle leggi napoletane, applicandola ai diritti che possono spettare agli stranieri nel Regno di Napoli ed alle leggi territoriali o personali dalle quali quei diritti devono essere regolati (2). Il Burge (1838), in un trattato assai pregevole al suo tempo sotto il rapporto del diritto comparato (3), fa dipendere la parziale estraterritorialità delle leggi reciprocamente riconosciuta dagli Stati, non tanto dalla *comitas gentium*, quanto dalla necessità dei rapporti internazionali. E quei limiti egli analizza in una serie di trentuna regole. Dottrina questa non sostanzialmente diversa dalle precedenti, perchè, a ben guardare, la *comitas* si ispira pure al concetto della necessità dei rapporti internazionali. Da tale concetto deriva appunto la tendenza e la ricerca della reciprocità.

Dalla dottrina tradizionale degli statuti e dalla dottrina della *comitas gentium* deriva totalmente l'opera del Foelix che tanta autorità ebbe non solo in Francia, ma anche negli altri paesi d'Europa. Ed ora che gli studii di diritto internazionale privato sono tanto progrediti in Francia, pare strano, pur senza disconoscere i pregi del Foelix nell'erudizione e nella trattazione pratica delle questioni sopratutto quanto al diritto degli atti, che sia stata considerata così lungamente come rappresentativa delle dottrine francesi un'opera che si alimenta in modo quasi esclusivo alla dottrina dello Story (4). Sicchè intellettualmente egli può ascriversi piuttosto al ciclo degli antecedenti scrittori anglo-americani seguaci della dottrina della *comitas*, cui fan pur seguito sulle stesse orme il Walker (5) ed il Bowyer (6).

158. — Una terza opinione, pur diversa dalle due finora ricordate, è sostenuta dal Massé, dallo Hartogh ed, a quanto pare, dal Reddie (7). Quest'ultimo riesce troppo oscuro e cade in equivoci troppo manifesti,

(1) Story, *Commentaries on the Conflict of laws foreign and domestic*, 1ª ediz., 1837. — Vedi sullo Story, cap.: " Il realismo degli Inglesi e degli Anglo-Americani ".

(2) V. cap. X.

(3) Burge, *Commentaries on colonial and foreign laws, generally and in their conflict with each other and with the law of England.*

(4) Foelix. V. cap.: " Il realismo degli Inglesi e degli Anglo-Americani ".

(5) Walker, *Introduction to American Law.* Cincinnati 1846, 2ª ediz., pag. 642-651; ap. Mohl, *Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*, vol. I, pag. 443 n.

(6) Bowyer, *Commentaries on universal public law.* London 1854, pag. 156-194. V. Mohl, loco citato.

(7) Reddie, *Inquires on international law*, 2ª ediz., pag. 405-494; ap. Mohl, l. c., pag. 443 nª, e pag. 450.

perchè sia possibile fare una breve ed utile esposizione della sua dottrina. Lo Hartogh riassume superficialmente le teorie antecedenti sull'argomento, e moltiplica i dati di legislazione comparata e specialmente di diritto olandese. Quanto al principio fondamentale, egli è di avviso che soltanto al diritto internazionale filosofico si possano attingere le precipue norme regolatrici (1).

Ad una soluzione analoga arriva il Massé (2) il quale per la copia della dottrina e per l'acume giuridico, merita uno dei primi posti fra i moderni scrittori di diritto internazionale privato. La trattazione di lui comincia con una indagine storica e positiva del diritto degli stranieri (3), cioè degli attributi, diritti e facoltà che agli stranieri possono competere in un paese indipendentemente dalla determinazione della legge dell'uno o dell'altro Stato dalla quale il modo di esercizio di tali facoltà debba essere regolato. Da questo punto di vista egli riconosce la facoltà di ciascuno Stato di obbligare tutti gli stranieri all'osservanza delle proprie leggi (4). « Si les étrangers sont admis en France, s'ils y ont des droits, s'ils y vivent sous la protection des lois, c'est à la charge de les respecter et de leur obéir. Il y a sur ce point un contract tacite entre le souverain qui ouvre à l'étranger l'accès de son territoire, et l'étranger qui vient se placer sous la juridiction de ce souverain, dont il est alors le sujet temporaire, pour tout ce qui regarde l'ordre intérieur ». Il Massé riconosce dunque in ogni Stato la facoltà di far valere la territorialità delle proprie leggi in confronto di tutti sul proprio territorio, quantunque il suo concetto un poco si oscuri nello sviluppo ch'egli ne dà e per le autorità ch'egli invoca in suo favore (5). Ma tosto, trattando degli atti e dei contratti nei loro rapporti colle leggi straniere (6), egli

(1) Hartogh H. A., *Disputatio juridica inauguralis de regula juris " Locus regit actum "*. Hagae Comitis, 1838.

(2) Massé, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, libro II, tit. II, vol. I, pag. 376 e seg., e vol. II, pag. 1-110. Paris, Guillaumin, 1861, 2.

(3) Sez. I, § 1, vol. I, pag. 378-414.

(4) Sez. I, § 2, vol. I, pag. 414-428.

(5) Infatti citando da Grozio: " Qui in alio loco contrahit, tanquam subditus temporarius legibus loci subjicitur ", egli difende nello Stato la facoltà di far valere la territorialità assoluta; citando dal Rocco: " la dimora rende gli stranieri, quanto è alle leggi di pubblica sicurezza, sudditi temporanei ", pare che restringa quella territorialità al cosidetto ordine pubblico. E lo stesso dicasi del citare come sostanzialmente identici l'art. 3 del Codice Napoleone, e l'art. 5 del Codice delle Due Sicilie.

(6) L. c., sez. II, pag. 428-433.

chiarisce di nuovo il proprio concetto fondamentale nel senso della facoltà d'ogni Stato di far valere nel proprio territorio l'assoluta territorialità delle leggi. « Chaque nation étant maîtresse chez elle (1) et pouvant y soumettre les étrangers à telle loi qui lui convient, il en résulte que, *dans tous les cas prévus par la loi*, il ne peut pas être question de théorie philosophique, autrement que pour interpréter la loi si elle est obscure et douteuse ». Ma « il y a des règles de raison auxquelles, sans doute, peut déroger la volonté souveraine d'une nation ou de son législateur, mais qui deviennent la loi commune par cela seul qu'il n'y a pas été dérogé. Dans ce cas, ces règles, pour être suivies, n'ont pas besoin d'un consentement exprès ou tacite, tandis que pour y déroger, il faut la manifestation expresse d'une volonté contraire ». Dunque « si la loi garde le silence, il faut bien alors se rattacher aux principes généraux de justice, d'équité ou de raison; principes généraux dont, en certain cas, les lois de la réciprocité et de la rétorsion peuvent modifier l'application ».

I fondamenti della dottrina del Massé si possono dunque riassumere così: Ciascuno Stato è indipendente; da tale indipendenza deriva la facoltà di applicare sempre ed a tutti le proprie leggi nel proprio territorio. Però esistono delle regole di ragione che sono il risultato spontaneo di una indagine obbiettiva. Queste regole possono essere trascurate e contraddette da uno Stato, e, quando uno Stato così voglia, la sua negazione di tali regole è legittima, come è legittima la volontà dalla quale quella negazione emana. Ma quando lo Stato non contraddica, come pur potrebbe, quelle regole razionali e si astenga in tale rapporto da una espressa disposizione, allora la evidenza giuridica delle regole stesse s'impone. L'efficacia delle leggi straniere in un territorio non dipende dunque unicamente dal consenso espresso o tacito dei varii Stati; quell'efficacia è invece regolata dalle norme del diritto naturale, ogniqualvolta per impedirla lo Stato non manifesti espressamente la propria volontà contraria. Lo Stato *può* escludere dal suo territorio ogni efficacia di leggi straniere; ma non è necessario un consenso espresso o tacito dello Stato perchè le leggi straniere estendano i proprii effetti al suo territorio. Le regole generali del diritto giustificano e limitano ad un tempo quella efficacia; se lo Stato vuol impedire nel proprio territorio l'operare di quelle regole generali del diritto, *deve* manife-

(1) Massé, l. c., pag. 421.

stare in questo senso la propria volontà contraria. Tali regole generali del diritto, della equità o della ragione giustificano, secondo il Massé, la tripartizione degli statuti; la estraterritorialità universale dello statuto personale (1), la territorialità dello statuto reale (2) e la regola *locus regit actum*. Quest'ultima è applicata allo statuto delle forme secondo i limiti che risultano dalla distinzione di queste in *abilitanti*, *intrinseche* ed *estrinseche;* ed alla sostanza ed agli effetti dell'obbligazione secondo i limiti derivanti dalla legge del luogo di esecuzione e da quella personale delle parti (3).

Tutte queste regole non si presentano alla mente del Massé soltanto estrinsecamente, come effetto cioè del consenso generale delle nazioni, ma anche intrinsecamente, cioè come conseguenze della natura delle cose cui le nazioni si sono conformate. E in ciò sta il gran pregio della dottrina del Massé, e, molto più ancora che della dottrina, del suo indirizzo scientifico.

Quando si prendano le mosse dal principio fondamentale della assoluta indipendenza degli Stati e della conseguente territorialità delle leggi, i limiti di tale territorialità desunti dal rispetto dei diritti acquisiti o dalla *comitas gentium*, non appariscono in sostanza che contraddittorii nel loro fondamento e mutabili nelle loro applicazioni. In cospetto dell'isolamento degli Stati e dell'arbitrio assoluto di ciascuno Stato in tutto il proprio territorio, esistono diritti acquisiti nel senso di attributi potenziali della persona o di impero della persona sulle cose, ma non esistono diritti acquisiti nel senso del regolamento che debba farsi secondo una legge straniera di quegli attributi e di quelle facoltà. E se in questo senso diritti acquisiti si riconoscono, ciò non può avvenire che per effetto di un'arbitraria concessione di ogni singolo Stato; nè di tali concessioni, per l'arbitrio da cui dipendono, possono concepirsi le manifestazioni con tale costanza ed uniformità che sia dato ridurle a sistema. Se poi si preferisce giustificare l'applicazione delle leggi civili straniere in un territorio, secondo la dottrina della *comitas gentium*, la indeterminatezza del concetto fondamentale e la incertezza delle sue applicazioni risultano, come ho notato (4), non meno evidenti.

Nella dottrina del Massé invece, i due termini, regola ed eccezione,

(1) Sez. cit., § 1, art. 1, pag. 437-447.
(2) Art. 2, pag. 447-462.
(3) Massé, pag. 518, 9.
(4) V. pag. 18.

non sono in contraddizione assoluta, ma tendono a conciliarsi ed a completarsi. Ogni Stato è e resta assoluto signore nel suo territorio; ogni Stato può pertanto escludere dal territorio che gli appartiene ogni efficacia di leggi straniere; ma gli Stati non sempre vogliono usare di questa loro facoltà; e il loro non volere è determinato dai principii generali del diritto e dell'equità, principii che non possono prevalere quando ad essi contrasti la volontà dei singoli Stati, ma che agiscono uniformemente, con costante ed egualmente obbiettiva forza di persuasione, sulla loro volontà. Chi ammetta tale sistema, non deve ricorrere a contraddizioni fra il principio che giustifica la territorialità delle leggi, e il principio che giustifica l'applicazione delle leggi straniere. E nel tempo stesso quest'ultimo principio è tale nella dottrina del Massé, da poter agire dovunque con tanto di uniformità che basti perchè ne derivi un sistema di diritto internazionale privato.

I difetti della dottrina del Massé derivano, piuttostochè dall'imperfezione dell'indirizzo, dalle manchevolezze della sua applicazione (1). Anzitutto, date le di lui premesse, non pare abbastanza giustificata l'affermazione che « ces règles (di ragione) pour être suivies, n'ont pas besoin d'un consentement exprès ou tacite; tandis que pour y déroger, il faut la manifestation expresse d'une volonté contraire » (2). Il riconoscere poi l'esistenza di una serie di principii uniformi di ragione e di diritto, e l'attribuire a quei principii una virtù uniforme di persuasione esercitata sulle indipendenti volontà degli Stati circa l'applicazione delle leggi straniere nei territorii rispettivi, non poteva bastare. Bisognava ricercare quali siano tali principii generali di diritto applicabili alla materia, e sotto quali norme fondamentali di dottrina specifica possano essere raggruppati e ridotti a sistema. Ciò il Massé non ha fatto. Seguendo un indirizzo giusto e partendo da una regola fondamentale esattissima, egli si è però arrestato a metà del cammino, ed è, a dir così, ricaduto nella dottrina degli statuti. Chè appunto alla tripartizione degli statuti egli riduce poi tutto il proprio sistema. È vero che nel darne lo sviluppo egli segue i più liberali e, a dir così, *personali* fra gli statutarii; ma tutta la storia del diritto internazionale privato dimostra come partendo dalla medesima base statutaria, si possa arrivare alle conclusioni più contrarie

(1) Massé, vol. II, pag. 110.
(2) Massé, vol. I, pag. 430.

ed ai sistemi più diversi. Sicchè non può giudicarsi del tutto destituita di fondamento nel caso presente l'osservazione del Savigny: il quale deplorava che chi vuol dedurre un sistema di diritto internazionale privato dal diritto naturale, non indichi nel tempo stesso anche il trattato di diritto naturale del quale vorrebbe domandare l'applicazione (1).

159. — La regola specifica deficiente nella esposizione fondamentale del Massé, è cercata dallo Struve (2) nel criterio di formazione e di efficacia dei rapporti giuridici. Egli riconosce che questi debbono essere pienamente riconosciuti fuori del proprio territorio di origine, e che anche altrove debbono essere regolati secondo la legge che li governava originariamente. Ogni atto o rapporto dev'essere giudicato secondo le leggi del luogo dove ha avuto origine (3). Ammesso dunque, come fa pure il Massé, che si debbano applicare in questa materia i principii generali del diritto, lo Struve tenta anche di formulare con precisione *quale* principio generale di diritto debba servire di norma specifica direttiva. Se non che egli tiene quel principio in luogo di una legge delle leggi, e in ciò si allontana, in modo del tutto degno di critica, dalla dottrina del Massé. Quest'ultimo giudicava applicabili i principii generali del diritto, quando il diritto positivo del paese dove quei principii si volessero invocare a favore di una legge straniera, non avesse disposto altrimenti. Lo Struve invece considera quella regola come di diritto internazionale assoluto, senza che si debba dare alcuna importanza alle disposizioni sancite in contraddizione con quella regola dal diritto territoriale dello Stato dove debba giudicarsi di tali rapporti di diritto internazionale privato. Egli sostiene che una legge, la quale si allontani da quel principio fondamentale, non debba considerarsi come legge, nè debba obbedirsi ed applicarsi dal magistrato e dal cittadino; l'uno e l'altro debbono tenerla per nulla perchè, essendo essa in contraddizione coll'essenza della legge, non può considerarsi come tale (4).

Tale dottrina dev'essere soltanto ricordata come una stravaganza, nè occorre un lungo discorso per dimostrare quanto sia errata. È,

(1) Savigny, *Traité de droit romain*, traduit par Guenoux, vol. VIII, pag. 255. Paris, Didot, 1851.

(2) Struve, *Ueber das positive Rechtsgesetz in seiner Beziehung auf räumliche Verhältnisse, oder über die Anwendung der Gesetze verschiedener Orte.* Karlsruhe 1834.

(3) " Jeder Fall ist immer nach den Gesetzen desjenigen Ortes zü beurtheilen, an welchem er sich verwirklicht ".

(4) " Sie dem Wesen des Gesetzes widerspricht, also kein Gesetz ist ".

come bene osservava il Wächter (1), l'elemento estrinseco ed obbiettivo rappresentato dalla volontà dello Stato legittimamente espressa, che rende obbligatoria una norma nel territorio, e le attribuisce, nei limiti di questo e in confronto di tutti, il carattere di legge. Ciò che manca alla legge dal punto di vista intrinseco e subbiettivo, nulla toglie alla sua validità, e in nulla può diminuire l'obbligo che ha il giudice di applicarla. Se dunque lo Struve comprendeva la necessità di una norma fondamentale specifica che determinasse quali regole generali del diritto si debbano applicare nei rapporti di diritto internazionale privato, ha poi errato nell'attribuire a quella norma una autorità superiore a quella delle singole leggi; autorità che a nessuna norma di diritto internazionale privato può competere finchè tutti gli Stati, colla concordia manifesta dei loro voleri indipendenti, non l'abbiano adottata come norma obbligatoria.

Il Günther (2) distingue le leggi in regolative, ordinative e dispositive. Leggi regolative egli definisce quelle che contengono un comando assoluto. La esistenza e la estensione di efficacia (*der extensive Unfang*) di un diritto deve constatarsi e giudicarsi secondo la legge regolativa del territorio dove il diritto stesso ha avuto origine. La intensiva efficacia del diritto (*der intensive Unfang*) deve giudicarsi secondo la legge regolativa del territorio dove il diritto stesso si deve applicare o comunque deve spiegare i suoi effetti. Sono leggi ordinative, secondo il Günther, quelle che completano con norme positive tutto quanto è indeterminato o poco preciso nel diritto naturale. A tali norme egli non attribuisce veruna efficacia estraterritoriale; sicchè nel campo delle leggi ordinative ciascuno Stato impera in modo assoluto, ed in confronto di tutti, nel proprio territorio. Leggi dispositive sono quelle che, nella cerchia di attività lasciata all'autonomia delle parti, sostituiscono la volontà di queste, quando non siasi manifestata. L'indole stessa di queste leggi implica la presunzione che si debba ammettere nei rapporti internazionali e in quanto riguarda le leggi dispositive, la prevalenza del diritto vigente nella patria delle parti.

La dottrina del Günther ha questo di comune con quella dello Struve: che, nel campo delle leggi regolative e di quelle dispositive, vuol far prevalere il diritto di origine delle persone e dei rapporti

(1) Waechter, *Die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten*, § 2.
(2) Art. *Gesetz* nello *Staatslexikon* del Weiske, 1843, pag. 721-755.

giuridici. Il Günther evita poi il grave errore notato nello Struve, per ciò: che facendo derivare la possibilità di applicazione o l'inapplicabilità del diritto straniero dalla categoria di leggi cui il rapporto in questione si riferisce, e la diversa categoria delle singole leggi dipendendo dalla volontà dei rispettivi legislatori, e dall'importanza che questi intendono attribuire al proprio comando, egli non fa mai dipendere le regole di diritto internazionale privato da applicarsi in ciascuno Stato da una volontà estranea e superiore alla volontà dello Stato stesso dove quelle regole si vogliono invocare.

Però la distinzione delle leggi in regolative, ordinative e dispositive, non può essere, nei singoli casi, così chiara e semplice come apparisce dalla definizione. E pur quando si potesse tutte e sempre nettamente distinguerle, non si saprebbe poi approvare egualmente le tre regole che il Günther propone circa la rispettiva loro efficacia estraterritoriale. Della esistenza e della efficacia di un diritto si dovrebbe giudicare secondo la legge di origine del diritto stesso; dunque se la vendita di una cosa esista, o se un matrimonio sussista, dovrebbe decidersi secondo la legge del luogo dove è avvenuto il contratto di compra-vendita o è stato celebrato il matrimonio. Della somma di diritti che il compratore ha sulla cosa comperata, e della somma di diritti e di doveri che derivano per i coniugi dal matrimonio, dovrebbe giudicarsi secondo la legge del luogo dove la cosa è situata, o dove i coniugi hanno la propria dimora. Ciò secondo la dottrina del Günther. Ma poichè è principio di diritto naturale che l'uomo non sia pienamente capace subito dopo la nascita, ma soltanto quando arriva al pieno possesso delle sue facoltà intellettuali, la legge che stabilisce nei varii paesi la maggiore età a 20, 21, 23 o 25 anni dovrebbe ritenersi *ordinativa* e pienamente territoriale, ogni qualvolta il legislatore nell'emanarla non v'abbia data la forma di un comando assoluto. Nè deve trascurarsi la contraddizione che deriverebbe dall'essere leggi relative all'identico obbietto, ascritte nei rapporti internazionali a diverse categorie, non già in ragione del loro contenuto, ma per effetto della forma nella quale le ha emanate il legislatore. Il che indurrebbe a divergenze così poco giustificabili, come quelle cui traeva l'applicazione della distinzione verbale di Bartolo fra statuti personali e statuti reali. Nè si saprebbe poi vedere (anche prescindendo da tali difficoltà di interpretazione delle categorie fondamentali) perchè in materia di così gran momento, come quella che si riferisce alla esistenza ed alla importanza di un diritto, si debba

riconoscere in uno Stato l'efficacia delle leggi straniere così pienamente da riconoscervi e farvi rispettare perfino un diritto ignorato dalla legge territoriale; e poi debba escludersi qualunque efficacia di diritto straniero in materia di molto minore importanza e interessante molto meno il diritto pubblico dello Stato, come è quella (leggi ordinative) dove il legislatore non fa che integrare i principii del diritto naturale.

160. — Lo Schäffner (1) prende le mosse da dati fondamentali analoghi a quelli che il Massé doveva prendere tre anni più tardi a base del suo discorso; ma, a differenza da quest'ultimo, quello cerca anche di completare la propria dottrina con quei particolari concreti che nella dottrina del Massé possono considerarsi deficienti. L'impossibilità (di fronte alla quale si son trovati prima di lui gli scrittori che hanno tentato di farlo) di formulare alcune poche regole da cui fosse dato dedurre, in ogni caso di conflitto, una soluzione soddisfacente, è la più completa dimostrazione pratica delle grandi difficoltà del têma e della insufficienza delle dottrine fino allora proposte (2). Lo Schäffner si proponeva pertanto di esporre la propria dottrina piuttosto come un avviamento che non come una soluzione definitiva, ed accompagnandola coll'avvertenza che molte delle norme ch'egli stava per esporre, non possono considerarsi come assolute, ma soltanto con numerose limitazioni possono essere applicate ai molteplici rapporti di diritto internazionale privato.

La decisione d'ogni singolo caso di diritto internazionale privato spetta sempre al diritto positivo, sia questo rappresentato da una legge, o da una consuetudine, sia poi quest'ultima generale, particolare ad uno Stato, o del tutto locale, cioè limitata ad una regione dello Stato stesso. Così lo Schäffner obbedisce al principio della indipendenza degli Stati, dell'autonomia della loro rispettiva volontà, e della conseguente impossibilità che la legge di uno Stato sia applicata nel territorio di un altro, quando quest'ultimo non lo comandi o non lo consenta (3). Quando il diritto positivo non disponga, cioè non determini come debba risolversi e secondo la legge di quale Stato debba risolversi un caso di diritto internazionale privato, allora la decisione deve darsi dal giudice secondo la natura delle cose (4).

(1) Schaeffner, *Entwickelung des internationalen Privatrechts*. Frankfurt am Main, Sauerländer, 1841.
(2) Schaeffner, op. cit., § 31, pag. 38.
(3) Schaeffner, pag. 39, 40, §§ 31 e 32.
(4) " Kann nur die Natur der Sache entscheiden ".

Ed alla natura delle cose corrisponde, meglio d'ogni altra, la seguente regola: « Ogni rapporto di diritto deve giudicarsi secondo le leggi di quel territorio, dove è venuto in esistenza. E tale regola si riferisce anche a quelle leggi, il cui intero contenuto è così concepito, da non considerare un rapporto di diritto come tale se non quando sia conforme alle loro disposizioni » (1). Ma, dopo aver formulata la regola, lo Schäffner non si dissimula le difficoltà delle sue applicazioni ai singoli rapporti giuridici (2). Lo Stato e la capacità della persona dovranno regolarsi secondo le leggi del luogo dove la persona stessa ha la sua stabile dimora, non potendo la dimora accidentale o transitoria, appunto per effetto della natura delle cose, considerarsi come fattore genetico o come criterio regolatore dell'uno o dell'altra. Però quanto vale per lo stato e la capacità in generale, non può ripetersi senz'altro della capacità a singoli atti o rapporti. In tal caso son decisivi altri fattori; d'un lato deve considerarsi quale sia il diritto in vigore nel territorio dove l'atto o rapporto giuridico ha avuto origine; questo infatti deve corrispondere a quello, perchè possa dirsi che un atto giuridico, come tale, siasi legittimamente formato. D'altronde quando in uno Stato debba giudicarsi di atti compiuti altrove da sudditi dello Stato stesso, devono applicarsi le leggi di tale Stato, in quanto dalle stesse leggi si possa inferire, che esse obblighino senz'altro il suddito in rapporto colla sua patria. Lo Schäffner riconosce non essere possibile d'indicare con un criterio generale le leggi di quest'ultima specie; ma quando una legge manifestamente appartenga a tale categoria, deve imperare nel territorio anche in confronto degli atti giuridici compiuti dai cittadini all'estero, per effetto della regola fondamentale che lo Schäffner stesso ha riconosciuta come presupposto necessario d'ogni sistema di diritto internazionale privato. Infatti prima di tutto si deve ricorrere alla legge vigente nel paese del giudice, e, soltanto in mancanza di quella, alla legge d'altro territorio indicata dalla natura del rapporto giuridico. In tal caso la volontà manifestata dal legislatore nazionale potrebbe impedire nel territorio di lui e nei riguardi degli atti compiuti da sudditi

(1) Così il Mittermayer nel vol. XIII, pag. 297 e seguenti dell'*Archiv für civilistische Praxis* afferma che " ciascun rapporto di diritto deve giudicarsi soltanto secondo le leggi del territorio, sotto l'impero del quale ha avuto origine ".

(2) Pag. 40: " Wenden wir nun diesen allgemeinsten Grundsatz auf die einzelnen Rechtsverhältnisse an! ", ecc.

altrove, ogni applicazione di legge straniera, quantunque tale applicazione fosse d'altronde indicata dalla natura del rapporto giuridico.

L'indicazione della legge applicabile ai rapporti relativi alle cose, è diversa secondo che si tratti dei diritti ad una proprietà considerata come un tutto, o dei diritti a singole cose mobili od immobili. La proprietà considerata come un tutto deve regolarsi secondo le leggi del territorio dove il proprietario ha stabile dimora. È presupposto però che d'un lato le leggi vigenti in tale territorio della dimora, dichiarino la esistenza di tale unità di beni, e dall'altro che la medesima unità come tale (*Diese Einheit, als dieselbe Einheit*) sia riconosciuta, nei riguardi degli immobili, dalla legge del territorio dove sono situati. Se nell'uno o nell'altro paese l'unità della proprietà, come tale, non è riconosciuta, allora si smembra, rispettivamente ai territorii, quella proprietà in più frazioni, sottoposte, secondo che trattasi di mobili o di immobili, a leggi diverse. I mobili formano in tal caso una unità separata che si considera esistente nella stabile dimora del proprietario; gli immobili soggiacciono rispettivamente al diritto positivo del territorio dove sono situati. Ed anche a quella particolare unità dei mobili deve farsi eccezione, quando la legge del territorio dov'essi effettivamente si trovano, non riconosca il loro carattere particolare come parte di quella unità.

I diritti ad una singola cosa mobile devono regolarsi, nei rapporti di diritto internazionale privato, mediante una giudiziosa applicazione (*Verständige Anwendung*) del principio generale formulato da principio (legge di origine del rapporto giuridico). E poichè gli immobili soggiacciono alle leggi del territorio dove sono situati, alla stessa legge soggiacciono anche i diritti che abbiano gli immobili per oggetto immediato.

Quanto agli atti, lo Schäffner distingue la forma dalla sostanza. La prima soggiace alla legge del luogo dell'atto; poichè è là che tale forma si è sviluppata. E le stesse eccezioni a questa regola sono considerate dallo Schäffner come conseguenza del suo principio fondamentale, poichè derivano dalla considerazione che in determinate circostanze possono da una legge prescriversi in modo assoluto forme determinate, o possono certe forme effettuarsi soltanto in un determinato territorio.

Circa la legge che deve regolare la sostanza degli atti giuridici, pare allo Schäffner che non si possa formulare un'unica regola generale soddisfacente, ma soltanto far rilevare, nel complesso di quella

sostanza dell'atto giuridico, gli elementi più o meno decisivi. Anzitutto devesi considerare la capacità generale e speciale della persona; poi la legge del luogo dell'atto; e finalmente la legge cui è sottoposto l'oggetto dell'atto giuridico. E quest'ultima è diversamente determinata secondo che si tratti dei beni d'una persona considerati come un tutto, o dei mobili considerati come unità ideale, o di beni immobili, o di un semplice rapporto obbligatorio, o di una obbligazione che importi acquisto da diritti reali sui beni immobili.

161. — Lo Schäffner respinge dunque il concetto dell'assoluta territorialità delle leggi; e, fra i varii principii che possono limitarla e ridurla a fondamento di un sistema di diritto internazionale privato, respinge ad un tempo così l'elemento arbitrario e sempre mutevole della *comitas gentium*, come ogni altro elemento pure arbitrario ed in contraddizione colla indipendenza degli Stati, quale sarebbe una dottrina ispirata al diritto naturale considerato come un comando superiore alle singole sovranità. Egli attinge al diritto naturale, *alla natura delle cose;* le proprie dottrine del diritto internazionale privato; ma in quel diritto naturale riconosce, non già un elemento di comando superiore alle volontà dei singoli Stati, ma piuttosto un elemento di persuasione che agisce uniformemente su tutte quelle singole volontà, ciascuna delle quali può vietare nel proprio territorio l'imperare di quelle norme dettate dalla ragione. Così il pensiero dello Schäffner corrisponde veramente alla natura delle cose, non solo evitando la contraddizione fra i due termini della dottrina (sovranità e norme limitanti l'impero assoluto della sovranità nel territorio), ma dando a quelle norme una base sulla quale sia possibile di coordinarle a sistema. E tale regola fondamentale riesce attraente per la sua chiarezza e per la sua semplicità; sicchè pare assai vicina al concetto ideale d'una base del diritto internazionale privato (1).

Nè lo Schäffner presume che la sua regola debba intendersi come assoluta e basti a risolvere ogni questione di diritto internazionale privato; ma piuttosto (2) egli la presenta come indicazione d'un indirizzo, e l'applica poi, con particolari indagini analitiche e con varie limitazioni, ai casi particolari. Pochi esempii chiariranno la cura di

(1) V. pag. 21-23. Analogie di questa dottrina con quella del Massé; analogie nel Beseler, *System d. d. Privatrechtes*, vol. I, pag. 145 e seguenti; Renaud, *Lehrbuch des d. Privatrechte*, vol. I, pag. 101 e seguenti; ap. Mohl, l. c., pag. 449, nª 1.

(2) Schaeffner, l. c., pag. 39.

questo sviluppo e la indipendenza dell'autore dalla sua regola fondamentale, e nel tempo stesso metteranno in evidenza la difficoltà di rettamente applicarla. La morte civile (1) pronunciata al domicilio della persona, parrebbe dover estendere dovunque la propria efficacia in rapporto alla persona stessa. Se infatti la legge del domicilio ha efficacia universale quando limita solo temporaneamente o parzialmente la capacità della persona, a più forte ragione dovrebbe valere universalmente quando la distrugga totalmente ed in modo definitivo. Ma se la morte civile deriva da condanna penale, anche lo Schäffner riconosce la limitaziome dei suoi effetti al territorio dove è stata pronunciata; e ciò per effetto della territorialità del diritto penale. Se poi, anche indipendentemente dalla penalità dell'origine, il diritto di un altro Stato dove la si voglia far valere non lo consenta, nessun effetto potrà del pari esserle riconosciuto fuori del territorio dove è stata pronunciata. Ma questa volontà assoluta e contraria dello Stato nel territorio del quale si voglia far valere una incapacità pronunciata in altro paese, non deve risultare, come dovrebbe secondo la dottrina del Massé (2), da una esplicita disposizione del legislatore, ma può ricercarsi in qualunque fonte del diritto positivo (anche tacita e consuetudinaria) dello Stato (3). Il che diminuisce di molto la importanza della regola fondamentale dello Schäffner, e la riduce a fattore non unico, nè principale, ma complementare del suo sistema di diritto internazionale privato.

Quando egli tratta della legittimazione per susseguente matrimonio, parrebbe che della sua esistenza dovesse decidere la legge del luogo dove è avvenuto il matrimonio del quale tale legittimazione sarebbe una conseguenza. Ma lo Schäffner opportunamente esclude tale soluzione, perchè, ammettendola, si concederebbe ai genitori la facoltà di dare o togliere al figlio naturale la qualità di legittimabile, secondo il territorio preferito per celebrare il matrimonio. E la legge del luogo del domicilio dei genitori al momento del matrimonio è pure esclusa dallo Schäffner, perchè nello stesso modo sarebbe dato loro di mutare le attitudini del figlio naturale alla legittimazione mutando il loro domicilio (4). Egli sostiene invece che dal momento della nascita del figlio naturale, si formi, fra i genitori e lui, un certo

(1) Schaeffner, pag. 46, 7, § 35.
(2) V. pag. 21, 22.
(3) Schaeffner, pag. 39, § 31.
(4) Schaeffner, § 37, pag. 50, 1.

rapporto di diritto, secondo il quale esista o non esista, fin d'allora, la possibilità della futura legittimazione di lui mediante il matrimonio. La quale pertanto deve dipendere dal luogo di nascita del figlio e non dal domicilio dei genitori o dal territorio dove sia stato celebrato il matrimonio. Sicchè la legge, sotto l'impero della quale è avvenuta la nascita del figlio naturale, decide in modo esclusivo se egli possa essere legittimato per susseguente matrimonio.

Ed in ciò apparisce pure una insufficienza della dottrina, o, piuttosto, della formula dello Schäffner. Il rapporto giuridico deve regolarsi secondo la legge del luogo dove è venuto in esistenza. Ma nel caso presente una ulteriore indagine è stata necessaria per determinare in quale luogo, fra i molti connessi col rapporto giuridico, debba intendersi che esso sia venuto in esistenza. E il territorio preferito, e giustamente preferito dallo Schäffner, non è nel caso presente quello immediato dell'origine materiale del rapporto giuridico, ma quello mediato della sua origine potenziale risalente al momento della nascita. In questo caso, per arrivare ad una giusta conclusione, egli deve indagare, quale, fra le parti debba considerarsi come principale nel rapporto giuridico, e poi a quale fatto giuridico debba farsi risalire l'origine del rapporto, a quello della nascita del figlio naturale o a quello del susseguente matrimonio dei genitori di lui. Il che dimostra che l'indagine relativa all'origine del fatto o rapporto giuridico, non è completa se non si trasformi in quella relativa alla sede del rapporto stesso. Nè la regola adottata dallo Schäffner impedisce che egli applichi del tutto in alcune materie interessanti il diritto pubblico, come nel divorzio, il diritto territoriale (1).

E quando prende ad esaminare il regolamento della successione intestata (2), lo Schäffner nota la diversità delle leggi che considerano il diritto ereditario come una successione universale nel senso del diritto romano, da quelle che ignorano un tale concetto. Secondo che si ammetta l'uno o l'altro criterio nei singoli paesi, deriveranno rispettivamente in quelli anche regole diverse di diritto internazionale privato, ed ostacoli all'operare della legge del paese d'origine del rapporto giuridico, cioè di quello cui apparteneva la persona della cui eredità si tratta. Nei paesi dove la legge considera la successione come una trasmissione universale della personalità economica del

(1) Schaeffner, § 124, pag. 159, 160.
(2) Cap. VI, § 126, pag. 165 e seguenti.

defunto, l'origine del rapporto giuridico è nel territorio dell'apertura della successione, e questo coincide col paese cui apparteneva il defunto. Nei paesi che a quel concetto della successione non informano le proprie leggi, il diritto successorio singolarmente si completa e si manifesta secondo le leggi dei territorii dove sono situati i beni immobili che formano parte della successione.

La regola fondamentale dello Schäffner appare dunque anche qui insufficiente perchè, variando il concetto primordiale della successione, varia anche il territorio dove si considera originato rispetto ai singoli beni il rapporto giuridico. Egli (1) preferisce, come regola fondamentale del diritto successorio, l'impero della legge personale del defunto, senza distinzione fra mobili ed immobili. Ed è questo il concetto più giusto (2), ma la sua applicazione presuppone la soluzione precedente di due questioni; cioè, quale sia l'indole del diritto ereditario nel paese del domicilio del defunto, e quale sia quell'indole secondo le leggi della situazione degli immobili che gli appartenevano. Ed anche qui la regola fondamentale non appar sufficiente, e accanto a quella altre regole appariscono necessarie a formare un sistema di diritto internazionale privato.

Lo Schäffner però è, più di molti altri giuristi a lui contemporanei, sulla retta via. Riconosce l'impero assoluto del diritto d'un paese su tutte le persone e su tutte le cose che vi si trovano; ammette la necessità morale di regole di diritto internazionale privato uniformemente regolanti in ogni territorio l'efficacia della legge straniera; subordina l'operare di queste regole in ciascun territorio alla volontà dello Stato, cui il territorio appartiene e l'impero assoluto delle cui leggi deve risultarne modificato e limitato; deduce le regole stesse dalla natura delle cose e considera quelle regole come un elemento non imperativo ma persuasivo delle volontà dei singoli Stati; formula come regola fondamentale del proprio sistema la prevalenza della legge d'origine del rapporto giuridico; ma non arriva (nè del resto egli stesso presumeva di arrivarvi) a dimostrare che a tale regola possano ridursi e subordinarsi tutte le questioni di diritto internazionale privato. Talora egli stesso deve ammettere la naturale

(1) § 132, pag. 172-174.

(2) Nell'esposizione del quale lo Schäffner però confonde la legge nazionale con quella del domicilio; " nach den Gesetzen des Vaterlandes des fremden zu beurtheilen; oder mit anderen Worten, die Intestatsuccession richtet sich schlechthin nach der *lex domicilii* des zu Beerbenden ".

prevalenza della legge della situazione delle cose, o della legge del giudice; e talora la di lui regola fondamentale richiede ulteriori indagini per determinare quale debba ritenersi l'elemento precipuo del rapporto giuridico di cui si tratta (1).

162. — Dal principio dell'assoluta territorialità della legge del giudice, prende le mosse K. S. Zachariae nel § 31 del suo *Manuale di diritto civile francese* (1808) dove è posto questo principio fondamentale: che i tribunali francesi nei rapporti civili debbano esclusivamente giudicare secondo le leggi francesi. E ciò anche quando il diritto contestato sia effettivamente costituito all'estero, e quando pur sia parte nella controversia uno straniero. Le disposizioni di diritto internazionale privato sancite da un legislatore, non possono considerarsi, in relazione ai magistrati che gli sono soggetti, se non come eccezioni a quella regola, del resto per i magistrati stessi del tutto obbligatoria. Ma il Zachariae mutò spesse volte opinione in tale argomento. Nel 1834 egli formulava (2) una dottrina cui pose a fondamento il seguente principio analogo al primo: « Ogni diritto ed ogni obbligazione soggiacciono esclusivamente alle leggi e al diritto positivo di quel paese, nel quale quel diritto o quell'obbligazione (conformemente alle stesse leggi ed allo stesso diritto positivo) possono essere fatte valere, e nel caso concreto sono fatte valere effettivamente ». Tale regola egli giustifica colla indipendenza degli Stati; perchè se si ammettesse che il diritto di uno Stato potesse come tale applicarsi in un altro Stato, ciò equivarrebbe ad estendere a quest'ultimo la potestà legislativa del primo, diminuendovi o distruggendovi il supremo diritto della sovranità. A questa regola il Zachariae ammette soltanto tre eccezioni: 1. Se si tratti di leggi le cui prescrizioni obblighino i sudditi colla riserva che essi abbiano facoltà di sottrarvisi mediante le loro private contrattazioni, ciascuno può sottrarvisi anche per sottoporsi alle corrispondenti disposizioni di una legge straniera. 2. Persone o rapporti che, di regola, dovrebbero essere sottoposti alle leggi interne, possono essere assoggettati all'impero di una legge straniera per effetto di un trattato stipulato fra il governo del loro paese ed un altro governo. 3. Eccezioni pos-

(1) Waechter, vedi al § 18 dell'op. cit. alcune critiche alla dottrina dello Schäffner.

(2) *Rechtsgutachten ueber die Ansprüche August's von Este auf die Rechte eines Prinzen des Hauses*, pag. 32 e seguenti. Hannover-Heidelberg, 1834; ap. Schaeffner, l. c., pag. 11 e 31-36.

sono derivare dal diritto positivo. Una di tali eccezioni sarebbe la regola *locus regit actum*, il cui significato è che le forme esteriori di un atto debbano regolarsi secondo il diritto del territorio dove quell'atto è compiuto. Il Zachariae considera tale regola come esclusivamente di diritto positivo; se nel diritto positivo d'un paese essa manca, non sarà possibile sottrarvi un atto all'impero delle leggi di quel paese relative alle forme, per ciò solo che quell'atto è stato compiuto all'estero. Invece un atto o rapporto giuridico dovrà considerarsi, quanto alla forma, valido, quando la sua forma esterna corrisponda alle leggi di quel paese dove i diritti e le obbligazioni derivanti da quel rapporto siano fatti valere.

Sicchè il Zachariae non considera tanto la forza obbligatoria, quanto l'applicabilità delle leggi, come l'elemento decisivo e limitato al territorio dello Stato dove quelle leggi sono state emanate. Colla regola: *lex non valet extra territorium*, egli combina quella della sudditanza personale perdurante nei cittadini all'estero, attribuendo alla prima un doppio senso. Quella regola è giusta nel senso che la legge non è tale per gli altri Stati, ma non nel senso che non sia legge anche per i cittadini all'estero. La dottrina dell'indipendenza degli Stati importa come conseguenza nel primo caso la non estensione, nel secondo la estensione della forza obbligatoria della legge al di là del territorio, e questa positivamente e negativamente si connette nell'uno e nell'altro caso col concetto della sua applicabilità nel territorio.

Nei suoi fondamenti questa dottrina è una degenerazione di quella della territorialità delle leggi, prendendosi per elemento decisivo la legge del fôro, la quale non sempre coincide colla legge applicabile secondo la teoria della territorialità delle leggi. Il far dipendere la tutela della indipendenza di uno Stato dalla non applicazione materiale nel territorio di una norma di diritto straniero, è un errore. Quell'indipendenza sarebbe offesa da una legge straniera che vi volesse regolare la genesi di un rapporto giuridico; ma la constatazione della regolare genesi di un rapporto giuridico compiutasi altrove, non è fatta con diminuzione della indipendenza dello Stato dove avviene, se vi si procede ricorrendo alla legge del paese dove quel fatto giuridico si è formato, e secondo quella constatandone la validità e la efficacia. E se la dottrina dello Zachariae si seguisse, starebbe nell'arbitrio del debitore o comunque del convenuto, il mutare la legge applicabile e con questa l'esistenza stessa del rapporto giuridico. L'applicazione poi di una legge straniera non avviene già in

obbedienza al legislatore straniero, ma in obbedienza alla volontà del legislatore nazionale che vuole o permette in certi casi l'applicazione del diritto straniero. Che se gli scrittori sono discordi circa il modo di giustificare tale applicazione della legge straniera, alcuni ricorrendo al consenso tacito od espresso o presunto del legislatore territoriale, altri ad un principio supremo di diritto, superiore a tutti i legislatori, nessuno pretende giustificarlo subordinando il giudice di un paese al comando del legislatore di un altro.

Secondo la dottrina della territorialità delle leggi si applicherà sempre la legge della situazione quando si tratti di immobili; secondo la dottrina dello Zachariae, si dovrà applicare la legge del paese dove di un diritto su immobili, dovunque situati, si debba giudicare. Secondo le dottrine della personalità o della territorialità delle leggi si dovrebbe giudicare delle attitudini della persona secondo la legge d'origine o del domicilio della persona stessa, oppure secondo la legge del luogo dove la persona ha agito, o dove si trova la cosa della quale ha voluto disporre. Secondo la dottrina dello Zachariae di quelle attitudini della persona si dovrà giudicare secondo le diverse leggi dei varii paesi dove accidentalmente se ne dovesse giudicare dal magistrato. La terza eccezione ammessa dallo Zachariae al suo principio fondamentale, riduce poi questo, come nota lo Schäffner (1), a quasi nulla. Infatti il diritto consuetudinario e la legislazione di tutti i popoli non hanno mai effettivamente riconosciuto quel principio fondamentale. Poichè tale principio, nel senso attribuitovi dallo Zachariae, importerebbe che un atto compiuto da un individuo nel proprio paese in una forma nulla secondo le leggi del paese stesso, debba considerarsi valido in un altro Stato nel quale se ne debba giudicare quando le forme nelle quali è stato compiuto siano valide secondo la legge di quest'ultimo. Sicchè si può dire che tutta quanta questa dottrina dello Zachariae nel suo complesso e nelle sue applicazioni, non sia che una modificazione peggiorata della dottrina della territorialità, ed una applicazione letterale nella giustificazione e contraddittoria nei limiti, della regola *lex non valet extra territorium*.

163. — Altri giuristi prendono pur le mosse dalla dottrina degli statuti, ma preferiscono il concetto più largo dello statuto personale, subordinando alla legge personale non solo lo stato della persona e la sua capacità, ma anche i varii rapporti giuridici personali degli

(1) Schaeffner, l. c., pag. 36, § 28.

individui, che al diritto del domicilio vogliono anzitutto considerare sottoposti e giuridicamente collegati. Così l'Eichhorn (1824) (1) che modifica in tale rapporto la territorialità coll'applicazione della legge patria, ed il Göschen (2) ed il Mittermaier (1835) che preferiscono invece il diritto del domicilio. Il Mittermaier ammette (3) infatti come fondamentale il principio « che il giudice di uno Stato, cui sia richiesto in una controversia il presidio del diritto, debba applicare soltanto le leggi del proprio Stato »; ma lo modifica e lo completa coll'altro principio: « che ogni suddito in relazione ai suoi rapporti di diritto debba giudicarsi secondo le leggi del domicilio ». Quest'ultima regola nel diritto federale tedesco completa la prima; ma, nei rapporti di diritto internazionale, del tutto la modifica e la trasforma (4). Il Maurenbrecher (1840) s'avvicina pur molto alla dottrina degli statuti modificata in questa guisa. Egli (5) esamina soltanto la questione relativa alle leggi secondo le quali in un paese debba giudicarsi degli stranieri. E, condannando le formule citate dell'Eichhorn e del Mittermaier, la risolve colla regola fondamentale: « gli stranieri soggiacciono alle leggi del paese dove si trovano ». Però egli circonda questa sua regola fondamentale di molte limitazioni. E tali eccezioni egli fa derivare alla loro volta da due principii fondamentali. Il primo è che « lo stato e la capacità della persona e tutte le conseguenze giuridiche che ne derivano, debbano giudicarsi in ogni territorio secondo le leggi patrie della persona di cui si tratta ». Egli afferma che la verità di questo principio non può essere messa in dubbio da alcuno; e la suffraga anche colla dottrina dei diritti acquisiti, subordinandola alla condizione che trattisi di attitudini della persona non in assoluta contraddizione colle leggi dello Stato. Tale ultimo caso si verificherebbe quando un nobile straniero invocasse in un paese dove la nobiltà fosse abolita, i privilegi della propria classe. Il secondo principio eccezionale formulato dal Maurenbrecher è che: « le leggi del luogo di dimora di un individuo straniero non hanno efficacia sugli atti giuridici di lui, quando tali atti debbano produrre e producano realmente i proprii effetti in un altro Stato ». Tale principio alla sua volta si appoggerebbe all'altro della terri-

(1) Eichhorn, *Einleitung im das deutsche Privatrecht*, § 34.
(2) Goeschen, *Vorlesungen ueber das gemeine Civilrecht*, I, 111, 1838.
(3) Mittermaier, *Deutsche Privatrecht*, 1ª ediz., § 30.
(4) Waechter, l. c., § 17, pag. 26, 27 del vol. XXV, fasc. I dell'*Archiv für Civil. Praxis*.
(5) *Deutsche Privatrecht*, 2ª ediz., vol. I, pag. 315.

torialità delle leggi così formulato: « la legislazione di uno Stato in genere non può estendersi al di là dei confini dello Stato stesso, ed i rapporti di diritto dipendono soltanto da quella sovranità la cui protezione è necessaria per assicurarne l'efficacia, o la cui cooperazione è necessaria per determinarne l'origine ». Così il Maurenbrecher modifica la territorialità delle leggi, d'un lato estendendo l'efficacia estraterritoriale dello statuto personale, e dall'altro, anche nei riguardi degli atti, incompletamente adombrando la dottrina della efficacia universale di quella legge che impera dov'è la sede del rapporto giuridico.

Il Mailher de Chassat (**1845**), in una trattazione piuttosto oscura, giunge pure a modificare la territorialità delle leggi con una interpretazione estensiva del concetto di statuto personale. Egli riconosce infatti che, in sè e per sè, l'efficacia delle leggi di uno Stato si estende a tutte le persone e le cose che stanno dentro ai confini di quello. Ma nel tempo stesso riconosce pure che, nello sviluppo moderno della società, è venuto sostituendosi, nel regolamento dei rapporti giuridici degli stranieri, alla dottrina feudale che aveva fatto dell'individuo una pertinenza del territorio, il concetto della nazionalità. Per effetto di tale principio par che ciascheduno porti con sè le virtù, le attitudini utili e l'onore del proprio popolo, e debba pertanto con tali qualificazioni essere dovunque riconosciuto, perchè considerato non soltanto come essere fisico, ma sempre come uomo sociale. Il misconoscere quel complesso di diritti che scaturiscono dalle leggi della patria, equivarrebbe a misconoscere anche l'esistenza di quel medesimo Stato cui l'individuo in questione appartiene; perciò dal riconoscimento di tale Stato risulta giustificata la regola che vuol seguìto il cittadino all'estero dalle leggi del suo paese. Una eccezione a questa regola risulta da ciò che le conseguenze di una condizione di diritto formatasi all'estero, non possono mai operare sul suolo, i pubblici istituti, le leggi generali, i costumi, l'ordine e la sicurezza d'uno Stato, poichè in tal caso, invece di un conflitto di leggi, insorgerebbe un vero conflitto di sovranità.

Le basi di questa dottrina sono già incerte per ciò che l'eccezione è formulata in modo da ritogliere troppo di quanto fu concesso dalla regola fondamentale, sicchè talora parrebbe giustificato del Mailher de Chassat, come di altri, il giudizio del Leyser (**1**): « Regulas in

(1) Leyser, *Meditationes ad Pandectas*, Specimen CCLXXXIII, § 1, pag. 1162 del vol. III, IV. Lipsia, Meisner, 1735.

illis multas inveni, sed quando eas cum subjectis limitationibus contuli, ipsarum regularum nihil superesse vidi ». La tendenza di lui però è pur sempre degna di nota, sì perchè accenna ad un concetto estensivo dello statuto personale, sì perchè informa tale statuto alla sua volta al principio della nazionalità.

164. — Il Puchta (1838) esamina la questione dell'applicazione delle leggi nello spazio dal doppio punto di vista del diritto interprovinciale e di quello internazionale privato (1). Regola fondamentale egli constata essere quella dell'impero assoluto della legge nel territorio dove è stata emanata, senza distinzioni derivanti, come nel periodo romano o nel medioevo, dalla diversità d'origine degli abitanti, ed anche senza distinzione fra cittadini e stranieri (2). Ma egli giustamente osserva che in molti casi, anche invocando lo stesso principio dell'assoluto impero territoriale della legge, più Stati possono trovarsi in conflitto per ciò che si pretenda da ciascuno di loro di regolare colla propria legge i diritti di una medesima persona o la validità e la efficacia di uno stesso rapporto giuridico. Ciò accadrebbe quando una persona dei rapporti giuridici della quale si dovesse giudicare, appartenesse ad un territorio per il domicilio, ad un altro per la momentanea dimora, e con un terzo territorio fosse in rapporto per avervi compiuto un atto giuridico, o per esservi interessata comunque per rapporti di diritto in quello esistenti, o perchè vi sia situata la cosa che le appartiene, o che è contestato se le appartenga (3).

I giudici di tutti questi territorii, invocando egualmente il principio della territorialità della legge, si troveranno in conflitto per volersi applicare esclusivamente da ciascuno di loro la legge rispettiva alla medesima persona od al medesimo rapporto giuridico. Sarà dunque necessario ad un tempo ben definire e ridurre in giusti limiti il concetto della territorialità della legge.

Tali conflitti sono possibili fra le leggi vigenti in diverse regioni

(1) Puchta, *Pandekten*, VII Aufl. von D. A. Rudorff. Leipzig 1853 (prima ediz., 1838).

(2) § 45 e § 112 ediz. cit., pag. 166, 167: " C. Personen auf welche das Recht anzuwenden ist. Der heutige Rechtszustand ist: das Recht gilt in einem gewissen Bezirk und ergreift alle Personen, die sich auf demselben, und in Rechtsverhältnisse befinden, ohne Unterschied der Abstammung, ja sogar regelmässig ohne Unterschied zwischen Einheimischen und Fremden ".

(3) Op. cit., § 113, pag. 167-170. " D. Anwendung der Rechte verschiedener Territorien ".

del medesimo Stato, e fra quelle vigenti in Stati diversi. Nel primo caso agisce un fattore decisivo sulla risoluzione del problema: l'identità del sovrano dominante nei due territorii ed al quale fanno capo come a prima origine le due legislazioni che rispettivamente vi sono in vigore. Manca pertanto l'argomento dedotto dalla indipendenza delle sovranità, per poter escludere dall'uno dei due territorii l'applicazione di una legge vigente nell'altro. E perciò il Puchta ammette che il conflitto fra le due leggi sia regolato in tal caso secondo esige la natura dei rapporti giuridici. Come dottrina conforme all'indole dei rapporti giuridici egli riproduce poi quella degli statuti formulando le seguenti regole (1):

1. I diritti relativi alla persona dovrebbero decidersi secondo la legge del domicilio (*statuta personalia*). 2. I diritti sulle cose, secondo la legge del territorio dove le cose sono situate (*statuta realia*). 3. Gli altri diritti secondo la legge del territorio di origine del rapporto giuridico.

Ma, riferita tale dottrina, egli pur ne riconosce la insufficienza manifestatasi nelle sue applicazioni; sicchè si propone, non già di mutarla, ma di completarla e correggerla. E pone infatti come principio fondamentale determinante la sottomissione dell'individuo al diritto di un territorio, quello del domicilio, non soltanto nei riguardi dello stato e della capacità della persona, ma anche in quelli di tutti i suoi rapporti di diritto, in quanto una eccezione in favore di un altro diritto territoriale non apparisca perfettamente fondata. Ogni persona dovrà dunque essere giudicata nei proprii rapporti di diritto secondo la legge del domicilio; e dove più persone di diverso domicilio concorrono in un medesimo rapporto giuridico, dovrà applicarsi la legge del domicilio dell'obbligato, o di quella delle parti nel diritto della quale l'altra parte deve subentrare.

Una eccezione a favore di leggi diverse da quella del domicilio è, secondo il Puchta, giustificata quando si tratti di diritti sugli immobili, in quanto si riferisca all'indole, all'acquisto ed alla perdita dei diritti stessi, nel qual caso deve imperare la legge vigente nel territorio dove le cose sono situate. Un'altra eccezione è giustificata rispetto alla forma esterna degli atti giuridici, sulla quale deve imperare la legge del luogo dove l'atto è stato compiuto o redatto. Finalmente il contenuto stesso del rapporto di diritto, quando abbia

(1) Op. cit., pag. 168-169, nota *b*.

un nesso locale, come sarebbe un atto di commercio, deve soggiacere, anzichè alla legge personale delle parti, a quella locale d'origine dell'atto stesso. In questo caso e in quello delle forme, l'impero della legge dell'atto è giustificato dal Puchta, non mercè la presunzione d'una soggezione volontaria delle parti, ma per effetto della natura stessa del rapporto di diritto e del suo nesso naturale con una legge territoriale piuttostochè con un'altra. Un'altra apparente eccezione ammessa dal Puchta risulta dalla impossibilità che l'adozione di un nuovo domicilio modifichi diritti sorti durante un domicilio anteriore. Può dirsi questa infatti una eccezione soltanto apparente, perchè non vi si saprebbe vedere in realtà se non che un'applicazione della regola fondamentale del domicilio, combinata con quella della garanzia dei diritti acquisiti.

La dottrina degli statuti è pertanto modificata dal Puchta nel senso che le tre specie di statuti non costituiscono più nella di lui dottrina tre categorie indipendenti donde risulti un sistema di diritto internazionale privato. Lo statuto personale, trascendendo dai limiti dei rapporti che possono dirsi personali nello stretto senso della parola, diventa la regola fondamentale di quel sistema; e lo statuto reale e quello misto non vi trovano più posto senonchè come eccezioni; e principio informatore del sistema è il concetto della persona considerata come centro e obbietto principale dei rapporti di diritto.

Ma queste regole che derivano, secondo il Puchta, dalla natura delle cose e dei rapporti, fanno sentire la loro efficacia, a giudizio di lui, soltanto nei rapporti interprovinciali, in tutti quegli Stati, semplici o composti, nei quali la legislazione non sia unificata. Quando gli stessi rapporti sorgano fra più Stati, l'applicazione delle medesime norme importerebbe per conseguenza, non già l'applicazione in una provincia d'una legge vigente in altra provincia soggetta alla medesima sovranità della prima, ma bensì l'applicazione nel territorio di uno Stato, d'una norma di legge vigente in un altro Stato. Ed a ciò si oppone, secondo il Puchta, l'altro principio naturale di diritto: « che il giudice debba applicare esclusivamente il diritto dello Stato cui appartiene ». Ammesso l'impero assoluto di tale principio, ne deriva che, nei rapporti internazionali, non debba considerarsi se non come una eccezione singolare quella norma di applicazione della legge nello spazio che nei rapporti interprovinciali pur vale come regola fondamentale: l'applicazione cioè ad uno straniero o ad un rapporto giuridico formato all'estero, delle norme di diritto straniero.

Tali eccezioni all'assoluta territorialità della legge del giudice sarebbero più numerose quando si ammettesse col Pütter (1) la dottrina dei diritti acquisiti; quando si ammettesse, cioè, che uno Stato, riconoscendo uno straniero come soggetto di diritti, gli debba attribuire anche tutti quei diritti da lui acquisiti che, secondo la legge territoriale, si possano in genere acquistare. Con altre parole, perchè, nei rapporti fra Stati indipendenti, quell'applicazione di legge straniera avvenisse, sarebbe necessario che l'attività giuridica dello straniero non fosse considerata soltanto dal momento nel quale esso è venuto in rapporto col diritto del territorio e coi magistrati che devono applicarlo, ma fosse dovunque e sempre ricollegata al paese donde ha origine la persona stessa. Ma ciò il Puchta espone soltanto a guisa di ipotesi, e quasi a dare una dimostrazione per assurdo dell'impossibilità di applicare nel diritto internazionale privato le regole da lui formulate per il diritto interprovinciale. Come di diritto comune egli considera in tale materia soltanto la seguente eccezione: « un rapporto giuridico sorto all'estero è dal lato della forma (ma soltanto da questo lato) da considerarsi come valido, tanto se corrisponda nei riguardi della forma al diritto del paese dove se ne debba giudicare, quanto se corrisponda, negli stessi riguardi della forma, al diritto del paese della sua origine ».

Il Puchta pertanto non formula le regole fondamentali del diritto internazionale privato, se non che fuori del campo che è proprio di tale diritto, e soltanto nei rapporti di diritto interprovinciale. Ma poichè ciò che gli vieta di applicare a questi ultimi le medesime regole, non è già una ragione sostanziale dedotta dalla natura delle cose, ma bensì un ostacolo estrinseco derivante dalla indipendenza delle sovranità, nulla impedisce che la dottrina svolta dal Puchta rispetto all'uno, possa essere applicata tale e quale all'altro ordine di rapporti, quando in un accordo tacito od espresso degli Stati si trovi una ragione per eliminare quell'ostacolo, o quando, pur persistendo questo, si voglia proporre agli Stati un sistema di norme, come la ragione e la natura delle cose le consiglia. Ma tanto nell'uno quanto nell'altro caso, quel sistema non potrebbe considerarsi completo, persistendovi in gran parte i difetti della dottrina degli statuti. E del resto il Puchta stesso non distingue meglio di altri, due punti di vista del tutto diversi: quello del sistema preferito o preferibile in

(1) V. pag. 7-9.

uno Stato dal legislatore, e quello che debba ritenersi (sia pur quale consiglio o suggerimento della ragione pratica) preferibile in generale dal giurista come sistema universale di diritto internazionale privato.

165. — La dottrina cui s'era arrestato il Puchta, circa i rapporti propriamente detti di diritto internazionale privato, riproduceva quella estrema della territorialità delle leggi. In modo analogo l'avea formulata molti anni prima il Malblanc (1801) nei suoi *Principia juris romani* (1). Egli pure parte dal principio fondamentale che, ad ogni rapporto di diritto sottoposto ad un giudice, questo debba applicare esclusivamente le leggi del proprio Stato. Sicchè la distinzione di statuti personali e reali non conserva importanza nella di lui dottrina se non in quanto alla determinazione dei rapporti cui si riferiscono, ma non in quanto alla loro maggiore o minore efficacia extraterritoriale. Poichè il giudice è obbligato ad applicare sempre la legge del proprio paese, non è la legge della persona o quella della cosa come tale che deve essere applicata, ma bensì la legge del fôro. Lo stesso dovrebbe a stretto rigore ripetersi anche delle forme degli atti; ed il giudice del paese dove dimora la persona, o dove sono situate le cose, non dovrebbe ritenersi obbligato a riconoscere la validità di un atto che a quella persona o a quelle cose si riferisse, quando quell'atto compiuto all'estero in forma valida secondo le leggi locali, fosse formalmente invalido secondo la legge del giudice. Ma in tal caso il Malblanc riconosce la regola *locus regit actum* come una norma di diritto consuetudinario vigente in Germania. Egli ammette pertanto quella regola nei rapporti fra i varii Stati tedeschi (e per la stessa ragione poteva ammettersi anche fuori della Germania) come una deroga voluta dagli Stati alla regola dell'assoluta territorialità della legge.

Ora se dall'applicazione strettamente territoriale delle leggi non si dovesse prescindere nei rapporti di diritto internazionale privato se non quando la deroga fosse esplicitamente voluta dagli Stati, non si saprebbe comprendere perchè debba applicarsi la regola *locus regit actum* allo statuto delle forme anche quando gli Stati non lo abbiano espressamente voluto. Se invece di quella tacita o presunta volontà consuetudinaria degli Stati si deve tener conto, non si sa perchè si

(1) § 64 e seguenti; V. Waechter, op. cit., § 18 (*Archiv f. civ. Praxis*, vol. XXV, fasc. 1°, pag. 29-32).

debba farlo soltanto nei riguardi della forma degli atti. Ed è giusta a tale proposito la critica del Wächter (1): che il Malblanc ha considerato troppo ciò che lo Stato *può volere* e troppo poco ciò che esso effettivamente *vuole*. Senza dubbio ogni Stato può comandare che nel suo territorio i giudici applichino soltanto le sue leggi, ad esclusione di ogni legge straniera; ma in molti casi non è tale la volontà dello Stato. E ciò risulta direttamente od indirettamente dall'indagine della volontà del legislatore. Il Malblanc non ha se non che accennato a questa indagine della volontà del legislatore, in quanto si riferisce allo statuto delle forme.

Quell'indagine, estesa a tutto il complesso dei rapporti di diritto internazionale privato, può avere una notevole importanza tanto nel campo della pratica quanto in quello delle dottrine, e può risultarne uno sviluppo concreto dell'elemento manchevole nella dottrina del Massé. Infatti se si ammette che lo Stato possa escludere dal proprio territorio ogni applicazione di legge straniera, ma che non sempre voglia od abbia interesse ad escluderla, ne segue la necessità di ricercare quale sia quella volontà, e i fattori che possono determinarla. E ricercando i fattori uniformi che possono indirizzare in un senso determinato, nel regolamento di tali rapporti, la volontà dei singoli Stati, si rientra di necessità nell'indagine di quelle regole che possono attingersi alla ragione ed alla natura delle cose, come fondamenti del diritto internazionale privato.

Secondo questo medesimo indirizzo altri autori procedono meglio e più chiaramente del Malblanc. Lo Hauss (1824) (2) formula quattro principii, come fondamentali della dottrina di diritto internazionale privato: 1. Il giudice deve anzitutto ricercare la volontà delle parti, e dedurre da questo esame la cognizione di quanto è interceduto fra loro. 2. Quando le parti non abbiano punto determinato, o ciò che esse hanno determinato ecceda i limiti della loro autonomia, il giudice deve applicare le leggi del proprio Stato. 3. Quando però queste leggi non si riferiscano esplicitamente anche agli stranieri che litigano coi cittadini, il giudice dovrà sussidiariamente applicare le leggi dello straniero. 4. Se poi il procedimento svolto davanti i giudici di un paese si riferisce a cose situate in territorio straniero, il

(1) L. c., pag. 32.

(2) Hauss, *Diss. de principiis, a quibus pendet legum sibi contrariarum, auctoritas, si quae variorum locorum constitutiones colliduntur*. Göttingen 1824.

giudice dovrà applicare sussidiariamente la legge della situazione della cosa.

La prima regola dello Hauss è necessariamente limitata dalla seconda, perchè trova la sua applicazione in quanto le parti non abbiano ecceduti i limiti della loro autonomia; ma tali limiti, quando non sia detto esplicitamente che debbano cercarsi in altra legge, non possono cercarsi se non che in quella cui il giudice stesso è sottoposto. Ora la dottrina dello Hauss si deve in realtà intendere così: il giudice deve applicare la legge del proprio paese e interpretare l'autonomia di volontà delle parti nei limiti dalla medesima legge consentiti, e in questa pure cercare una guida per applicare sussidiariamente le leggi straniere ai rapporti interessanti stranieri, restando chiaramente indicata l'applicazione della legge straniera per le cose situate all'estero. Sta dunque lo stesso concetto fondamentale anche alla base della dottrina dello Hauss: regola dev'essere la volontà assoluta del legislatore rispettata nel suo territorio; eccezioni le applicazioni di una legge straniera nei limiti consentiti dallo stesso legislatore; i criterii informativi di questo consenso dello Stato all'applicazione delle leggi straniere nel territorio, costituiscono i fondamenti, ridotti a sistema, di una dottrina di diritto internazionale privato. Ciò può dirsi quanto all'indirizzo dello Hauss, non quanto allo sviluppo della sua dottrina. Oltre a quella già notata, altre imperfezioni ne nota il Wächter (1). Le regole esposte infatti non vi si riferiscono a tutto il complesso dei rapporti di diritto internazionale privato; e la quarta regola dello Hauss, mentre d'un lato eccede in un senso sottraendo troppo i mobili alla legge territoriale della situazione, dall'altro eccede nel senso opposto non distinguendo i rapporti patrimoniali di un individuo nella loro totalità, dall'acquisto di diritti reali sopra una cosa singola; gli uni e gli altri egualmente sottoponendo alla legge della situazione; e trascurando, nel regolare la forma degli atti relativi a cose immobili, la regola *locus regit actum*.

166. — Il Kritz, che esamina la questione soltanto da un punto speciale di veduta (2), quello dei contratti, attinge ad una dottrina analoga i seguenti principii fondamentali. **1**. S'intende che ogni contraente abbia espressa la propria volontà nel senso delle proprie leggi

(1) Waechter, op. cit., § 17; *Archiv* cit., vol. XXV, fasc. I, pag. 22-25.

(2) Kritz, *Zur Theorie ueber d. mögliche Beurtheilung der contractmässige Verbindlichkeiten eines Inländers nach Gesetzen des Auslandes*, nella sua *Sammlung von Rechtsfällen*, vol. II, pag. 85-132. 1834.

patrie delle quali soltanto è dato presumere in lui la conoscenza. 2. Il rapporto giuridico sarà giudicato dunque secondo un diritto straniero alla persona cui si riferisce, solo in tanto in quanto il contraente che ha agito all'estero, abbia tacitamente aderito a sottomettersi, per quel rapporto di diritto, alla legge straniera. 3. Il criterio per constatare tale volontà tacita in favore del diritto straniero, si troverebbe nel fatto che, colla stipulazione del contratto compiuto all'estero, sia sôrta immediatamente una *actio nata* a favore del contraente straniero e che questa azione non sia stata esercitata all'estero. In tal caso il suddito di un paese che contrae in un altro sa che, contraendovi, diventa in quest'ultimo suddito temporaneo, che, come tale, può essere citato davanti a quei tribunali, i quali, come agli altri sudditi, dovranno applicare a lui la legge del loro territorio. Il consenso tacito del cittadino di un paese, che contrae in un altro, ad essere giudicato, per quel rapporto di diritto, dalle leggi di quest'ultimo territorio, si deduce dunque da ciò, che stipulando un contratto in un altro paese, egli si è messo coscientemente nella necessità di sottomettersi per tale rapporto a quella legge territoriale. Se invece l'azione che risultasse dal rapporto giuridico, non fosse *nata*, ma *nascitura* (1), l'altro contraente dovrebbe aspettarsi o per lo meno considerare come possibile di dover agire davanti ai tribunali del paese del suddito temporaneo. Allora, nei riguardi di questo vincolo giuridico, i due contraenti dovrebbero considerarsi, secondo le circostanze, garantiti dai magistrati del paese cui appartiene l'individuo contraente all'estero, sia pure perchè si presuma (poichè ogni giudice deve giudicare anzitutto secondo il diritto del suo paese), che i contraenti abbiano concordemente voluto sottoporre il loro vincolo giuridico alle leggi patrie del suddito temporaneo. Il Kritz dunque arriva a questa norma fondamentale: « deve ritenersi che le parti abbiano contratto secondo il diritto dello Stato, davanti ai giudici del quale, il procedimento relativo al loro rapporto giuridico, dovrà probabilmente essere portato, perchè ogni giudice deve anzitutto giudicare secondo il diritto del suo paese ». Ma in realtà, poichè il giudice è obbligato ad attenersi alla propria legge territoriale, la volontà presunta delle parti non è l'elemento determinante della legge da applicare, se non in quanto la legge del fôro lo con-

(1) V. nel Waechter, l. c., § 20 (*Archiv* cit., 1842, pag. 38, 90, nº 243 e 244), rilevate le imprecisioni di tale distinzione nella pratica, e alcune contraddizioni in cui cade il Kritz.

senta; sicchè, a propriamente parlare, è sempre a questa legge e non a quella delle parti, nè a quella scelta da loro che si riduce, secondo il Kritz, il fondamento della dottrina di diritto internazionale privato. E pertanto ogni qualvolta la legge del fôro non si applichi, è nella volontà espressa o tacita del legislatore stesso e non in quella delle parti che deve ricercarsene la causa.

Questo concetto è pur chiaramente espresso dal Rosshirt (1839). « In generale, egli dice (1), deve prevalere questo concetto: che, quando taluno può domandar giustizia ad un tribunale, possa anche far appello interamente al diritto che vige nel territorio di quel tribunale, e che per converso chi si sottomette ad un tribunale debba adattarsi ad essere interamente giudicato secondo il diritto cui quel tribunale è soggetto ». Tale principio egli definisce col nome di *Gerichtsterritorialität;* ed altrove così lo formula: « La ricerca decisiva del giudizio è quella delle leggi, che obbligano il tribunale davanti al quale la questione è trattata (2). Nell'applicare tale dottrina fondamentale egli però ricade nella tripartizione degli statuti. E sostiene: « *a*) che il cittadino nei rapporti personali e nei proprii atti, debba essere giudicato secondo la legge del domicilio; *b*) che gl'immobili soggiacciano all'autorità del tribunale nel territorio del quale sono situati, mentre tutto quanto riguarda i mobili deve soggiacere alle leggi della persona; *c*) che singoli atti per sè siano retti di regola dalle leggi del luogo del loro compimento; *d*) che i beni di una persona considerati nella loro totalità soggiacciano nel dubbio alle leggi del luogo dove la persona è domiciliata; *e*) che però nei rapporti del *commercium mortis causa*, valga il principio di diritto, secondo il quale il testatore ha testato ». Tale ultima clausola è, del resto, oltremodo oscura ed incerta: nè si sa bene se per *legge secondo la quale il testatore ha testato*, debba intendersi quella qualunque legge cui abbia voluto riferirsi il testatore, o quella del luogo dove è stato redatto il testamento, o quella del domicilio cui il testatore apparteneva. Ma comunque sia di quest'ultima regola, è certo che, nella sua totalità, la serie di regole cui essa appartiene trovasi in perfetta contraddizione coll'altra regola fondamentale della *Gerichtsterritorialität*, che il Rosshirt ha posto a base della propria dottrina.

(1) Rosshirt, *Ueber das* status civilis *und über dessen Wirkungen nach der Unterschiede des neueren Rechts in Personal und Realstatuten*, nella sua *Zeitschrift*, vol. III, 1839, pag. 331-346; spec., pag. 333.

(2) Rosshirt, *Gemeines deutsches Recht*, parte I, pag. 7-8. Heidelberg 1840.

Ora come si può toglier di mezzo tale contraddizione? Soltanto supponendo che le cinque regole testè riferite sieno volute dal legislatore stesso cui il giudice è sottoposto e del quale soltanto quest'ultimo deve applicare i comandi ed interpretare la volontà. E pertanto, restando intatta la potestà assoluta del legislatore sul giudice, così nei riguardi dei nazionali come in quelli degli stranieri, si ammette dal Rosshirt che talora il legislatore faccia uso di quella assoluta potestà anche per imporre ai giudici a lui soggetti di applicare un'altra legge diversa dalla propria, una legge cioè vigente in un altro Stato. E le regole che il Rosshirt formula e che sarebbero in contraddizione, così come sono esposte, colla regola fondamentale della *Gerichtsterritorialität*, non sono in realtà se non che i consigli uniformi che dalla ragione derivano a tutti i legislatori, così da persuaderli a derogare spontaneamente ed uniformemente dalla *Gerichtsterritorialität*, talora permettendo o comandando ai giudici ad essi rispettivamente soggetti, di applicare nel loro territorio, ed alle parti che a loro si rivolgono, le disposizioni di una legge straniera.

Lo stesso può dirsi delle contraddizioni in cui cade il Mittermaier nel suo diritto privato tedesco (1). Infatti il principio già riferito (2) « che ogni suddito, per quanto riguarda i suoi rapporti di diritto, debba essere giudicato secondo le leggi del proprio domicilio », non par conciliabile coll'altro principio fondamentale che lo precede, che, cioè: « il giudice di uno Stato, ogniqualvolta sia richiesto in una controversia il suo soccorso giudiziario, debba applicare soltanto le leggi del suo paese ». Inoltre egli nota che questi due principii debbono dar luogo a quattro specie di eccezioni, perchè: 1. La protezione dei diritti acquisiti sotto l'impero di una legge straniera è richiesta da un interesse di ordine internazionale. 2. In un paese è spesso impossibile l'osservanza della legge di un altro. 3. Il legislatore deve riconoscere l'autonomia dell'individuo. 4. Però l'autonomia dell'individuo non deve mai trascendere fino ad offendere il diritto pubblico e l'ordine pubblico del paese cui appartiene. Ora tali eccezioni non possono conciliarsi colle due regole, nè queste fra di loro, se non che quando tutte si considerino come criterii di ragione per inda-

(1) *Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts*, 1ª ediz., Landshut 1824; 7ª edizione, Regensburg 1847; vedi 5ª edizione, § 30; cfr. pag. 28 e nª 1 e pag. 37, nª 3.
(2) V. *ibidem*.

gare che cosa abbia voluto il legislatore, al quale il giudice, cui un determinato rapporto è sottoposto, deve obbedire.

167. — Fra coloro che seguono tale indirizzo e prendono le mosse dallo stesso principio fondamentale, il Wächter, così per profondità di pensiero giuridico, come per ampiezza di trattazione, supera fuor d'ogni dubbio tutti gli altri. Nato a Marbach nel Würtemberg nel 1797 e morto a Connewitz presso Lipsia nel 1880, potè assistere ai più recenti sviluppi di quella dottrina moderna del diritto internazionale privato cui avea dato così vigoroso impulso l'opera sua. A 23 anni era già professore a Tubinga, e fra questa università e quella di Lipsia continuò, con qualche interruzione dipendente dalle cure della politica e della magistratura (1), l'assiduo suo magistero fino all'estremo dell'esistenza finita a Lipsia il 15 gennaio 1880. Il suo *Saggio* sul conflitto delle leggi, pubblicato nel 1842 nell'*Archiv für Civilistische Praxis*, non è se non uno dei prodotti che il suo fecondissimo ingegno ha lasciati nelle più varie provincie del diritto e specialmente in quelle del diritto civile e penale. E ben a ragione quell'opera fu detta *eine Epochemachende Erorterung*, perchè, anche prescindendo dal sistema seguìto e dalle conclusioni adottate, egli ha impresso, coll'acume della critica e colla sottigliezza dell'analisi e della disamina, nuova vita a tutto lo studio del diritto internazionale privato. Sicchè può dirsi che lo studio ne riesce proficuo per due rispetti: per quello che fa imparare e dubitare e pensare circa la materia presa a trattare, e per l'esempio che fornisce al lettore d'una delle maggiori attitudini e, quasi direi, agilità giuridiche che si conoscano. Fin dal 1860, al banchetto del primo Juristentag germanico, il Simons, ministro della giustizia prussiano, poteva lodarlo perchè: « er habe sich auf fast allen Gebieten des juristischen Wissens und Könnens versucht, und er sei auf allen ein Meister geworden ». E concludendo il necrologio a lui dedicato, il Windscheid diceva: « Vi furono più dotti giuristi; vi furono più profondi giuristi di lui; ma un giurista più giureconsulto, un giurista che abbia meglio riunito in sè armonicamente tutto quanto è necessario per gli scopi del diritto, non s'era ancor trovato mai fra i grandi giuristi tedeschi ». Il quale elogio, anche fatta la parte dovuta alle iperboli che la morte del lodato ispira

(1) Presiedette per nove anni la Camera dei deputati del Würtenberg; e fu per qualche tempo presidente di quel tribunale d'appello anseatico sedente in Lubecca, ch'era, durante l'ultimo periodo della Confederazione germanica, il più autorevole tribunale tedesco.

e giustifica sempre nel lodatore, dimostra però che il Wächter possedeva l'indole di mente necessaria per procedere in tali indagini con indipendenza e, relativamente, con originalità, sulle orme di così numerosi studiosi che avean meditato prima di lui.

La base della ricerca sta, secondo il Wächter, tutta in questa domanda: « secondo quali norme di diritto debba un magistrato del nostro paese decidere circa un rapporto di diritto a lui sottoposto, così se quel rapporto di diritto sia sorto all'estero, come se in quello trovinsi interessati stranieri, o per altra guisa quel rapporto trovisi in qualche connessione coll'estero? ». La risposta a tale domanda ne presuppone un'altra; cioè: « a quali fonti debba sopratutto attingere il giudice la soluzione della questione? ». E la risposta è senza dubbio la seguente: « Alle leggi cui è soggetto il giudice, cioè alle leggi vigenti nel suo paese; in altre parole alla volontà del legislatore imperante nel paese cui il giudice appartiene ». Il giudice dunque, quando un caso di diritto internazionale privato gli si presenti, deve anzitutto ricercare se il diritto positivo del suo paese non contenga una espressa decisione circa le disposizioni di legge da applicare al rapporto giuridico di cui si tratta. Nel caso affermativo il giudice deve conformarvisi, applicando al rapporto concreto la disposizione di legge straniera o nazionale, secondo che l'una o l'altra è voluta dal legislatore del suo paese.

Il legislatore poi sarà alla sua volta mosso da due considerazioni fondamentali: l'una relativa all'ordine giuridico del suo Stato che dev'essere mantenuto in tutta la sua integrità; l'altra relativa ai rapporti internazionali che consigliano non solo di riconoscere una capacità giuridica agli stranieri, ma anche di consentire in certi casi l'applicazione d'una disposizione di legge d'altro paese. Ma tali concessioni spettano interamente al legislatore e non al giudice, il quale non deve se non che ricercare ed applicare la volontà del legislatore del suo paese.

Quando la decisione del conflitto non risulti nè da una disposizione della legge, nè da una disposizione particolare di convenzione internazionale vigente nei rapporti fra lo Stato del giudice ed un altro Stato, il giudice non dovrà senz'altro applicare al rapporto giuridico in questione la disposizione materiale di legge vigente nel territorio cui appartiene, ma talora dovrà pur applicare le corrispondenti disposizioni di una legge diversa da quella vigente nel proprio territorio. E dove troverà l'indicazione della legge straniera, che

debba essere applicata? Non nel diritto romano, quantunque i vecchi scrittori facessero dipendere da quello tutti gli elementi della dottrina. E dal diritto romano non poteva dedurre tali criterii per due ragioni: la prima quanto al contenuto, perchè nel diritto romano sono troppo scarse ed incerte le norme che propriamente possano dirsi di diritto internazionale privato (1); la seconda quanto all'autorità poichè, se pur quel sistema di regole esistesse nel diritto romano, s'imporrebbe come consiglio al legislatore, ma non potrebbe imporsi come comando al magistrato. E del resto, nota il Wächter, il diritto romano partiva in tale argomento da due principii fondamentali che ora sarebbero inapplicabili. Tali sono la limitata capacità dei peregrini, e il concetto, del tutto diverso dal nostro, di *jus gentium*. Dunque, e quanto al comando e quanto al contenuto, deve il giudice indagare altrove se e quando debba sottoporre lo straniero al diritto vigente nel territorio cui lo stesso straniero appartiene od a quello vigente nel territorio cui appartiene il magistrato giudicante, e secondo quali leggi debba giudicarsi dallo stesso magistrato il cittadino rispetto a rapporti giuridici che tocchino altri territorii.

Nemmeno lo sviluppo del diritto tedesco può condurre in tale rispetto a decisivi risultati, così che il giudice possa rivolgersi a quello come ad una fonte di norme regolatrici nel decidere i casi di diritto internazionale privato (2). È vero che fra le popolazioni germaniche s'era sviluppato, a poco a poco, il principio della personalità delle leggi; ma nei casi misti non è ben certo quale dei due diritti si applicasse; nè è ben certo che dovunque valesse tale principio; ed anzi perchè stranieri propriamente detti (non uniti all'impero) potessero invocarlo in proprio favore, era necessario che ottenessero una protezione speciale nello Stato. Inoltre presso le stesse popolazioni, quel sistema cedette il posto a quello della territorialità, cioè a quello dell'applicazione della legge vigente nel territorio del giudice, anzichè di quella indicata dalla origine delle parti. Prevalse dunque in Germania il sistema della territorialità; nè, circa le eccezioni alla territorialità stessa, vi si è formato un costante diritto comune, od un costante e ben determinato complesso di consuetudini, e di dottrine (3). Non può dirsi tale la dottrina degli statuti variamente concepita ed analizzata da giuristi, legislatori e magistrati. E deve notarsi che

(1) Waechter, l. c., §§ 4, 5 e 6.
(2) Waechter, l. c., §§ 7 e 8.
(3) Waechter, l. c., § 8.

mentre, circa alcuni punti soltanto, si è formato uno stabile diritto consuetudinario; circa molti altri punti questo diritto consuetudinario non ha potuto stabilirsi, e per taluno di quei punti si è venuto distruggendo nel periodo di tempo più recente, il diritto consuetudinario che si era antecedentemente formato.

Il giudice dunque, posto in cospetto d'un caso di diritto internazionale privato, deve seguire l'indicazione della propria legge circa il diritto da applicare. E se la legge esplicitamente non dispone, egli dovrà cercare il criterio della decisione nello spirito di quelle leggi vigenti nel suo paese, che hanno per oggetto il rapporto di cui si tratta. Nello spirito di quelle leggi, egli dovrà cercare il criterio per giudicare se il diritto territoriale debba applicarsi anche a stranieri ed a rapporti creati in altri territorii. Se, per esempio, la legge territoriale nega l'azione per i debiti di giuoco, dovrà il giudice respingere l'azione anche per i debiti di giuoco esteri; se la legge territoriale abbandona alle parti il regolamento delle conseguenze giuridiche di un contratto, il giudice dovrà applicare a un contratto seguìto all'estero la legge straniera; se la legge territoriale impone una determinata forma del matrimonio sotto pena di nullità, il giudice dovrà dichiarare nullo il matrimonio celebrato in altra forma da cittadini all'estero, non però quello celebrato all'estero in altra forma da stranieri, risultando dall'intento di quest'ultima legge, che il legislatore ha voluto disporre soltanto per i cittadini del proprio Stato.

Il Wächter dunque, dopo aver formulata questa prima regola: « il giudice deve applicare la legge del proprio paese », aggiunge, a complemento della propria dottrina, la regola seguente: « Il giudice deve, rispetto ad ogni legge del proprio paese che tratta del rapporto di diritto contestato davanti a lui, procedere anzitutto alla ricerca, se sia conforme allo spirito di quella legge che essa venga senza limiti applicata, anche nel caso che il rapporto di diritto in questione sia sorto all'estero, ed abbia parte in esso uno straniero; e quando tale volontà del legislatore sia da lui constatata, deve applicare assolutamente la legge territoriale ». Poichè, egli aggiunge, come il giudice deve conformarsi alle disposizioni della propria legge, quando questa contenga una espressa regola circa i rapporti suoi di applicabilità in confronto colle leggi vigenti negli altri paesi, così deve egli pure attenersi alla medesima legge patria quando questa, regolando i singoli rapporti o le singole norme di diritto, sia tale da dargli modo di dedurre dal suo significato e dal suo spirito, in qual modo

debbasi procedere in tale argomento, quanto all'applicazione del diritto straniero.

A tal uopo il giudice deve badare prima di tutto al significato della legge sotto l'impero della quale egli vive e giudica (1). Quando dall'indirizzo, dal senso e dallo spirito della relativa legge particolare, non sia dato al giudice di dedurre con certezza una decisione in tale argomento, esso dovrà nel dubbio applicare le disposizioni sancite dalle leggi del proprio paese. Il giudice deve applicare il diritto formulato od altrimenti riconosciuto nel suo paese; sicchè se la legge del suo Stato, esplicitamente permette, o, secondo il proprio spirito consente, l'applicazione del diritto straniero, il giudice deve applicarla; nè, ciò facendo, obbedisce alle leggi straniere, bensì al legislatore del proprio paese. Se tale volontà permissiva del legislatore non risulti, il giudice deve applicare esclusivamente le disposizioni di legge vigenti nel suo paese. E quando, nel silenzio del legislatore, il giudice applica una legge straniera, ciò non può fare se non per motivi desunti dall'indirizzo, dal contenuto, e dallo spirito di quello stesso diritto.

Decisiva per determinare un'eccezione è dunque l'interpretazione di tali fonti legislative territoriali, e non già un principio estrinseco, sia questo di giustizia, di equità o di interesse. Quando le fonti prescrittegli come norme, non comandano esplicitamente un'applicazione del diritto straniero, nè il loro spirito implica d'altronde questo comando, la disposizione particolare della legge territoriale relativa al caso di cui si tratta, deve applicarsi; nè si può parlare in tal caso di una lacuna delle leggi, lacuna che il giudice debba colmare con principii subbiettivamente concepiti. Non devesi dunque ritenere, come apparirebbe dalla prima regola fondamentale (2), che il nostro giudice, in rapporti che abbiano connessione coll'estero, non debba applicare mai il diritto straniero. Egli lo dovrà applicare, quando lo inducano al riconoscimento e all'applicazione del diritto straniero, o le generali disposizioni delle nostre leggi circa l'efficacia del diritto nazionale e di quello straniero, o il contenuto, lo spirito e l'indirizzo delle singole leggi territoriali relative al rapporto di cui si tratta. Il giudice, per esempio, dovrà riconoscere la validità formale di atti compiuti all'estero nelle forme locali, perchè la regola *locus regit actum* risulta ormai da una costante regola consuetudi-

(1) WAECHTER, l. c., §§ 9 e 10.
(2) V. pag. 52.

naria. In tutto ciò che le leggi del suo paese abbandonano all'autonomia delle parti, il giudice deciderà secondo il diritto straniero quando secondo questo le parti abbiano perfezionato il loro rapporto giuridico; ed infine quando si tratti collettivamente dei rapporti economici di uno straniero, specialmente della sua successione intestata e delle sue disposizioni di ultima volontà, il giudice dovrà di regola applicare il diritto personale dello straniero, perchè il nostro legislatore, colle sue disposizioni relative a quei rapporti, di regola s'indirizza soltanto ai nostri sudditi e non agli stranieri. Il Wächter dunque non nega, anzi ammette che il giudice sia talora obbligato ad applicare, anzichè il diritto del proprio paese, un diritto straniero; ma afferma che il giudice debba risolvere tale questione esclusivamente secondo le fonti di diritto vigenti nel suo paese, e risponderví affermativamente solo in quanto tali fonti affermativamente vi rispondano.

È indubitato (1) che ciascuno Stato può imporre l'obbedienza delle proprie leggi a chiunque viva ed agisca nel proprio territorio. Ma non segue da ciò che gli altri Stati siano obbligati a far valere nel rispettivo territorio gli effetti di tale volontà, e ciò quello Stato non può ignorare. Ed anche prescindendo da tale preoccupazione della reciprocità, da ciò che una sovranità *può* imporre le proprie leggi a tutti ed a tutto nel proprio territorio, non deriva la conseguenza che essa *debba* assolutamente fare di tale facoltà un uso illimitato. Lo Stato può prescrivere, e sovente prescrive o consente, in obbedienza ai principii del diritto od all'opportunità, che in molti casi si tenga conto nel territorio delle leggi straniere. Ogni qualvolta ciò non sia dal legislatore comandato o consentito; oppure il contenuto, lo spirito e l'indirizzo delle sue leggi non contengano implicito quel consenso, deve ritenersi conforme alla volontà del legislatore, che il magistrato giudicante nel suo territorio debba applicare le norme specifiche della legge territoriale, ad esclusione di ogni legge straniera.

168. — Per quanto riguarda le attitudini giuridiche della persona, il Wächter enuncia, come conseguenza del principio fondamentale prima formulato, la regola seguente: « il nostro giudice deve, nei rapporti personali, applicare esclusivamente le nostre leggi ai nostri sudditi, anche a proposito di atti compiuti da loro all'estero creando in altro territorio un rapporto giuridico ». Nessuno infatti

(1) Waechter, l. c., § 13 in fine.

può contestare che, all'indole ed agli intenti delle leggi relative allo stato della persona, corrisponda anche l'attitudine ad accompagnare quest'ultima dovunque si trovi. È ben certo che noi non possiamo obbligare gli altri Stati ad applicare in tali casi le nostre leggi ai nostri sudditi in quanto nel loro territorio rispettivo se ne deve giudicare, ma ciò non deve impedirci d'applicare a tali sudditi nostri la nostra legge per opera dei nostri giudici, ogniqualvolta di quei nostri cittadini e delle loro attitudini personali in rapporto ad atti compiuti all'estero, si debba giudicare nel nostro territorio.

Ora si domanda: « Come dovrà comportarsi il nostro giudice quando in condizioni analoghe debba giudicare dello stato e della capacità di uno straniero? » Non si potrà applicare in tal caso dal nostro giudice senz'altro la legge personale di quello straniero per sola virtù d'analogia. Infatti ad applicare al cittadino, anche per quanto ha operato all'estero, la legge nazionale relativa alla capacità personale di lui, il giudice è obbligato dall'indole della sua legge nazionale stessa e dalla implicita volontà di quel legislatore cui egli deve obbedire. Perchè lo stesso giudice applichi la legge straniera ai forestieri relativamente alla loro capacità ed in quanto di questa debba giudicare, non basta la analoga volontà implicita del legislatore straniero, perchè a questo legislatore il nostro giudice non è obbligato ad obbedire. Perchè ciò egli debba o possa fare, è necessario il comando od il consenso esplicito od implicito della sovranità territoriale cui è soggetto e dalla quale dipende la sua potestà di giudicare. Tale sovranità avendo il diritto assoluto di far imperare su tutti le proprie leggi nel proprio territorio, ha anche il diritto esclusivo di limitare nei singoli casi l'esercizio di tale propria facoltà.

Ora circa l'ammissione e la misura di tali limiti posti all'impero della legge territoriale, in favore delle leggi personali dello straniero, ed in quanto si riferisce alla capacità di lui, il Wächter notava non esistere quell'assoluto accordo ed unità di dottrina e di pratica che pur da taluno si affermava. Alcuni volevano sottoposte alle leggi del domicilio della persona le attitudini giuridiche della persona stessa, ma non le conseguenze giuridiche di quelle attitudini; altri le une e le altre volevano sottoporre alla medesima norma; altri nei rapporti relativi ad immobili volevano far reagire anche sulla capacità la legge della situazione della cosa (1). I più recenti fautori di tale principio

(1) Waechter, l. c., § 22 (*Archiv* cit., vol. XXV, fasc. 2°, 1842, p. 161-164).

lo accolgono nella sua integrità; regolano cioè secondo la legge del domicilio tanto le attitudini della persona quanto le conseguenze di tali attitudini; e sono così più logici; ma al Wächter pare che quel principio, esaminato da vicino, manchi di un fondamento sufficiente (1).

Non gli pare infatti sufficiente argomento in favore di quel principio la considerazione che lo stato di una persona, quale è regolato dalla legge del suo paese, si identifica colla persona stessa; essendo questa una affermazione non dimostrata nè dimostrabile, perchè per renderla evidente bisognerebbe dimostrare anche l'obbligo di ogni terzo Stato di riconoscere negli stranieri contraenti nel suo territorio i diritti e le limitazioni di capacità derivanti dalla legge dello Stato cui quegli stranieri appartengono, anche se da ciò derivassero danni rilevanti al suo commercio. Nè gli pare argomento sufficiente la considerazione degli inconvenienti che deriverebbero da una capacità che mutasse nella medesima persona da un paese all'altro; poichè questo sarebbe un argomento d'ordine pratico e legislativo che il legislatore dovrebbe valutare nel regolamento di questi rapporti, ma non sarebbe un elemento di giudizio che potesse determinare il magistrato, nello stato attuale delle leggi e della loro reciproca indipendenza. E lo stesso potrebbe dirsi dell'argomento dedotto dalla soggezione di ciascheduno al proprio sovrano; poichè tale argomento determinerà il giudice di uno Stato ad applicare la legge di questo Stato ai cittadini del medesimo anche per gli atti compiuti all'estero, ma non potrà obbligare i sovrani degli altri Stati dove quegli individui si rechino od agiscano, ad applicare alle loro attitudini personali le leggi dello Stato donde provengono, anzichè le proprie leggi territoriali. Anzi tale dottrina della sovranità, dovunque efficace, dello Stato originario sui cittadini che gli appartengono, sarebbe in contraddizione coll'altra dottrina incontestabile della sudditanza temporanea cui soggiace chi si trova nel territorio; poichè tale sudditanza temporanea importerebbe l'applicazione di quella legge territoriale appunto che, secondo l'altro principio dovrebbe essere esclusa. Nè argomento giuridico sufficiente gli par quello del Mittermaier: che, cioè, le leggi relative allo stato personale si colleghino col diritto pubblico e coi rapporti politici, così che uno Stato non possa consentire che il proprio cittadino sia ad un tempo capace in un luogo ed in un

(1) Waechter, l. c., § 22, pag. 167-172.

altro incapace. Tale argomento non gli pare adeguato alla dimostrazione cui è diretto, poichè se ne è giustificata l'applicazione delle *proprie* leggi ai *proprii* sudditi da parte di ciascuno Stato, non ne risulta dimostrata la necessità che le stesse leggi del *loro* Stato siano applicate a quei medesimi individui anche *dagli altri Stati*. E col principio stesso egli pone poi in contraddizione la eccezione del Mittermaier, che sottrarrebbe all'impero universale delle leggi personali, sia le disposizioni del tutto particolari ed eccezionali d'una legge circa la capacità, sia le incapacità derivanti da condanna (1).

Dopo aver accennato per tal guisa agli inconvenienti che deriverebbero dall'applicazione assoluta di quell'impero della legge personale, in quanto si riferisce alle attitudini della persona, il Wächter nota però che le qualità personali sono regolate, anche per lo straniero, dalla legge del domicilio ogni qualvolta la legge del paese, diverso da quello del domicilio, dove si debba giudicare delle qualità personali di quello straniero, non indirizzi una propria norma relativa a quelle qualità personali senza distinzione a tutti gli abitanti del territorio. Tale regola deriva da una generale consuetudine invalsa nei rapporti fra gli Stati e da una distinzione pur generalmente ammessa fra le qualità delle persone e le conseguenze giuridiche di quelle qualità, distinzione che Hert e Coccejo bene formularono ma non hanno bene dimostrata (2). Da ciò segue che esiste una consuetudine generale la quale ammette questo principio: « le qualità essenziali della persona, in quanto dipendono da una determinazione della legge, e le nostre leggi in generale le riconoscano, saranno, in quanto si riferisce alla constatazione della loro esistenza, giudicate anche presso di noi secondo la legge del domicilio, ogni qualvolta la nostra legge, statuendo su quell'argomento, non dimostri chiaramente di voler disporre per tutti senza distinzioni di origine ».

In quanto si riferisce alle conseguenze di tali qualità personali, un identico diritto consuetudinario non esiste. La semplice capacità ad obbligarsi soggiace alla legge del domicilio dello straniero, perchè il nostro legislatore non può (se esplicitamente non ne abbia espressa la volontà) aver avuto in animo di disporre circa la capacità degli stranieri che agiscono fuori del loro paese. Degli altri effetti giuridici delle qualità personali, il magistrato giudicherà secondo la legge

(1) L. c., pag. 171-172.
(2) L. c., pag. 175-176.

vigente nel suo paese. Infatti il legislatore è obbligato verso gli stranieri soltanto a non porli in condizione inferiore a quella degli indigeni, ma non a collocarli in una condizione privilegiata. E le disposizioni locali relative alle conseguenze delle capacità personali, o per motivi di pubblico interesse, o per tutelare la sicurezza del commercio, od il buon costume, o la religione, o per motivi connessi col carattere necessario del rapporto giuridico, devono applicarsi nel territorio anche agli stranieri, perchè quelli stranieri non risultino posti ingiustamente in condizione privilegiata non solo in confronto cogli indigeni, ma anche collo stesso Stato nel territorio del quale si trovano. Lo straniero minore di età, aggiunge il Wächter, dev'essere trattato nel nostro territorio come minore, ma noi gli consentiamo nel nostro territorio soltanto quei diritti che la nostra legge attribuisce ai minori; ed egli pertanto potrà domandare davanti ai nostri giudici la *in integrum restitutio* solo in quanto questa gli competa secondo la nostra legge. Inoltre il Wächter aggiunge (1) che: 1. La estensione agli stranieri dei diritti e dei privilegi dei cittadini non può mai riferirsi anche a quei privilegi speciali che la legge eccezionalmente attribuisce a specie o classi determinate di persone, rispetto alle quali disposizioni è chiaro che il legislatore non poteva riferirsi se non che ai sudditi dello Stato. 2. Certe così dette qualità della persona (infamia, morte civile, ecc.) che non sono, a propriamente parlare, *qualità della persona*, ma conseguenze dell'attività della persona, o di atti di autorità che abbiano per oggetto la persona, devono cedere alla legge della residenza successiva della persona, e del giudice che più tardi debba tener conto della capacità giuridica della persona stessa. Infatti la sentenza straniera che ha condannato uno straniero per qualche atto illecito, deve essere riconosciuta anche nel nostro territorio; ma le conseguenze di diritto privato che dalla sentenza e dalla pena straniera derivano, deve il nostro giudice, quando il condannato agisca presso di noi, determinare secondo la nostra legge; a quella stessa guisa che la qualità di straniero di un condannato nel nostro paese non impedirà che in questo si deducano a carico di lui dalla condanna quelle conseguenze infamanti che derivano dalla legge territoriale.

Da tutto ciò risulta che il Wächter sottomette le qualità essenziali della persona e la capacità alla legge del domicilio, fatta eccezione

(1) L. c., pag. 181-184.

dei privilegi eccezionali largiti dalla legge civile e delle conseguenze di diritto privato derivanti da condanne penali; e che quanto alle applicazioni particolari delle qualità personali e della capacità, egli vuol far prevalere la legge del giudice su quella della persona. Tali regole egli ammette come volute dal legislatore cui obbedisce il giudice che deve decidere della capacità della persona e della entità di un rapporto giuridico. Il legislatore che può escludere ogni applicazione di leggi straniere, si suppone ammetterla nei casi suaccennati ogni qualvolta chiaramente non la escluda. Sicchè nell'opera del Wächter si disegna un sistema di diritto internazionale privato risultante dalle regole che si suppongono volute dai singoli legislatori, o meglio che ai singoli legislatori si ritengono più consigliabili, come temperamenti a quell'assoluta territorialità del diritto che è nella loro potestà di far valere integralmente nel rispettivo territorio.

169. — Quando si tratti delle cose considerate come oggetto immediato del rapporto giuridico, o di disposizioni precettive circa l'indole dei diritti che si possano immediatamente costituire sulle cose, o circa il modo del loro acquisto, o la capacità di acquistarle, o la loro suscettibilità ad essere oggetto di atti esecutivi, il Wächter afferma che debba prevalere la legge della situazione della cosa. In tal caso infatti il legislatore ha avuto in mente la sorte della cosa in sè stessa, ed il commercio a quella relativo; e le disposizioni della legge da esso a tale proposito promulgata sono, secondo le indicazioni del loro significato e della loro finalità, applicabili a chiunque venga a trovarsi con quella cosa nei rapporti contemplati dalla legge. La circostanza che tale persona sia indigena o straniera, non può essere in tal caso di veruna efficacia. Nel dubbio poi, tali disposizioni dello Stato relative alle cose, non hanno effetto se non sulle cose situate nel territorio dello Stato, non potendo essere negli intendimenti del legislatore di disporre anche circa le cose esistenti fuori del proprio territorio. Quando il nostro giudice si trovi dunque in cospetto di una disposizione di legge, che si riferisca immediatamente alle cose come tali; per esempio, al modo di acquistare i diritti reali su quelle, alla natura, alla estensione ed ai limiti di quei diritti, all'indicazione delle persone che possono acquistarle, alle norme relative al loro possesso: quel giudice deve nel dubbio applicare alle cose esistenti nel suo territorio il diritto che in tale territorio è in vigore, ed alle cose situate in territorio forestiero il diritto vigente nel luogo della loro situazione, senza preoccuparsi di esaminare se la persona che

viene in rapporto con quella cosa sia indigena o straniera (1). Perfino il principio *locus regit actum* è senza importanza nella determinazione della forma necessaria all'acquisto di diritti reali sopra una cosa; perchè a tanto non si estende quel diritto consuetudinario da cui la regola *locus regit actum* è derivata (2).

In quanto riguarda gli immobili, l'impero di tanto perfetta territorialità pare al Wächter incontestato. Il dubbio ed il dissidio si manifestano quando si tratti invece di cose mobili, in quanto queste non hanno una situazione fissa e possono trovarsi ora in uno ed ora in un altro Stato. Ma anche qui egli non segue coloro che vogliono prevalente la legge del domicilio della persona cui spetta il diritto sulla cosa, sostenendo che la loro opinione manca di fondamenti giuridici ed è feconda di contraddizioni (3). Nè gli argomenti addotti da chi preferisce la legge del luogo dove i titoli sulla cosa devono farsi valere, o del luogo dell'acquisto o di quello dell'esercizio del diritto stesso, gli sembrano plausibili od immuni da contraddizioni (4). Pare invece al Wächter che, prendendo le mosse, come si deve, dal significato e dall'indirizzo delle leggi vigenti nel territorio, risulti incontestabile: 1. Che le disposizioni precettive delle nostre leggi circa i mobili, in ragione del loro carattere del tutto obiettivo, si riferiscono a tutte le cose che si trovano nei limiti del nostro Stato, senza distinzioni derivanti dalla nazionalità della persona cui quelle cose appartengano od abbiano appartenuto. 2. Che nel dubbio tali disposizioni non possono ritenersi applicabili a cose situate all'estero, non potendo ritenersi che il nostro Stato, emanando disposizioni relative alle cose singole, abbia voluto regolare anche i rapporti relativi a cose situate in territorio che non gli appartiene. 3. Che le cose mobili situate in un determinato momento all'estero, debbono, quando siano trasportate più tardi nel nostro territorio, soggiacere, dal momento di tale trasporto, alle leggi in questo territorio imperanti. In tal caso restano validi anche nel nostro territorio i diritti reali costituiti su quelle prima del trasporto, in quanto non siano in contraddizione colle nostre leggi precettive. Da tuttociò risulta: *a*) Che i diritti sôrti

(1) Waechter, l. c., § 25, n° 2 (*Archiv* citato, 1842, vol. XXV, fasc. 2, pag. 199, 200).
(2) Waechter, l. c., § 27, n° VI, vol. cit., fasc. 3, pag. 383.
(3) Waechter, l. c., § 27, n° VI (*Arch.* cit., vol. XXV, fasc. 3, pag. 384), e § 15, n^e 130, 131, 132 (*Arch.* cit., vol. XXIV, fasc. 2, pag. 292-295).
(4) Waechter, l. c., § 27, fasc. cit., pag. 385.

o costituiti, o fatti valere su cose mobili giacenti nel nostro territorio, devono essere sempre considerati dal nostro giudice secondo le nostre leggi, anche se chi li trasmette sia straniero, o la causa originaria di quel diritto siasi verificata all'estero; sicchè, ad esempio, la usucapione di mobili esistenti nel nostro territorio, e la prescrizione estintiva di diritti reali e di azioni a quelli relative, dovranno giudicarsi non secondo il diritto vigente al domicilio del proprietario, ma secondo il diritto vigente nel territorio nostro dove le cose in questione si trovano. *b)* Dei diritti costituiti all'estero su cose situate all'estero e secondo le leggi vigenti nel paese della situazione, il nostro giudice deve giudicare secondo la legge di quest'ultimo paese, finchè in questo continuano ad essere situate le cose cui quei diritti si riferiscono. E ciò perchè le nostre leggi precettive circa i mobili si riferiscono soltanto a quelli che son situati nel nostro territorio. *c)* Se una cosa mobile, che era situata all'estero, e sulla quale è stato acquistato un diritto pure all'estero, secondo le leggi vigenti nel territorio della situazione, è trasportata nel nostro territorio, l'indole, l'estensione e la efficacia reale di quel diritto, saranno giudicati secondo le nostre leggi. Però in quanto si riferisce ai diritti acquisiti antecedentemente all'estero su quella cosa mobile, il nostro giudice giudicherà quell'atto antecedente di acquisto di diritti secondo la legge straniera della situazione anteriore della cosa, perchè la nostra legge, trattando dell'atto relativo all'acquisto d'un diritto su mobili, ha contemplato soltanto l'acquisto dei mobili situati nel nostro territorio, e non già quelli situati nel territorio di altri Stati. Deve però trattarsi d'un diritto che, secondo le leggi del nostro paese, sia suscettibile di essere acquistato, perchè l'efficacia ne possa essere fatta valere nel nostro territorio. Infatti della *Verfolgbarkeit* del diritto decide la nostra legge; e se questa non riconosce il diritto come tale, la sua *Verfolgbarkeit* ne deve essere necessariamente negata. Inoltre se le nostre leggi prescrivono certe condizioni non solo quanto al sorgere, ma anche quanto al sussistere di un diritto, il nostro giudice dovrà riconoscere e proteggere quel diritto costituito all'estero sopra una cosa mobile, soltanto se vi concorrano quelle condizioni da esso prescritte. Per esempio, poichè il diritto würtemberghese non riconosceva un vincolo reale di mobili, sia quanto alla sua origine, sia quanto alla sua sussistenza, se non nella forma del pegno; se in un paese dove tale legge fosse in vigore, immigrava coi proprii mobili uno straniero che avesse nel proprio domicilio impegnati tutti i suoi

mobili con semplice contratto, il Wächter giudicava che quei diritti di pegno non potessero avere esecuzione sulle cose mobili colà trasportate.

Il Wächter dunque, rispetto alle cose considerate individualmente, ed all'indole, all'estensione ed all'esecuzione dei diritti costituiti su quelle, applica, senza distinzione fra mobili ed immobili, la sua regola fondamentale: « dover il giudice pronunciarsi secondo la legge del proprio paese », e l'altra regola complementare: « dover esso cercare nel senso, nello scopo e nell'indirizzo delle singole leggi, le indicazioni della volontà del legislatore, circa l'ammissione, i limiti e i modi di applicazione di una legge straniera nel territorio ». Egli pertanto applica la legge territoriale tanto nel caso degli immobili, quanto in quello dei mobili, con temperamenti, rispetto a questi, in rapporto coi diritti acquisiti, perchè è corrispondente all'indole delle leggi relative alle cose in sè, di avere le cose stesse come obbietto principale delle proprie disposizioni, e di essere obbligatorie in confronto di ogni proprietario, e di ogni rapporto giuridico dovunque costituito, sulle cose situate nel territorio. Trattasi dunque in tal caso di una norma di diritto internazionale privato esposta non già come consiglio della ragione ai legislatori, ma bensì come effetto della volontà dei legislatori stessi, constatata mediante la critica della ragione. Ma, fatta eccezione da questo fondamento esegetico della sua autorità, quella norma è presentata come frammento di un ben costrutto sistema di diritto internazionale privato, tanto in ciò che si riferisce alla sua universalità, quanto in ciò che si riferisce alla sua dimostrazione fondamentale. In un solo punto il Wächter pare eccedere i limiti che sembrano risultare dall'indole delle leggi e dai fini dei legislatori: dove cioè vuol far prevalere nei riguardi delle cose l'impero della legge territoriale anche sulla capacità delle persone che ne dispongono, contraddicendo così anche quanto aveva prima esposto trattando delle attitudini della persona (1). Ma, prescindendo da questa menda, due norme risultano chiare dalla di lui trattazione: l'assoluta territorialità delle disposizioni di legge che si riferiscono alle singole cose considerate in se stesse, e la derivazione di tale territorialità dalla tacita volontà dei singoli legislatori, o con altre parole, dalla intima indole delle leggi rispettive.

170. — Rivolta la propria indagine alle obbligazioni, e ricordata l'opinione di coloro che inclinano a sottoporle alle leggi vigenti nel

(1) V. § 25, 2, e § 27, 6.

luogo della loro origine, il Wächter ne respinge questa formula assoluta: « perchè difficilmente una tale norma si potrebbe dedurre dallo spirito e dall'indirizzo delle nostre leggi, e perchè quando tale deduzione non possa farsi, il giudice non potrà pronunciarsi circa l'obbligazione sottopostagli, se non secondo il diritto del suo paese ». Ciò specialmente deve avvenire rispetto alle obbligazioni derivanti da atti illeciti. Da molti però si sostiene che il nostro giudice debba applicare la legge straniera alle conseguenze di atti illeciti compiuti all'estero, sia in omaggio alla norma *locus regit actum*, sia in omaggio al rispetto dei diritti acquisiti (1). Ma egli respinge entrambi gli argomenti, il primo perchè (2) in tal caso non trattasi della forma, ma della sostanza dell'obbligazione; il secondo perchè dal fatto che in uno Stato un diritto sia considerato come legittimamente acquisito, non segue che anche un terzo Stato debba considerare quello stesso diritto come acquisibile ed acquisito anche nel proprio territorio, o che la soluzione inversa debba farvisi valere solo perchè nello Stato dove quel fatto è avvenuto, la legge non ne fa derivare verun obbligo di riparazione.

Poichè dunque la circostanza che un atto sia stato compiuto in un luogo determinato non genera un diritto assoluto a far giudicare quell'atto secondo il diritto di quel territorio; e poichè in tal caso non può parlarsi della libera sottomissione delle parti alle leggi del luogo dell'atto; ne deriva che lo Stato nel cui territorio sia chiesta riparazione ed indennità per un delitto, possa, tanto nel decidere tale questione, quanto nella punizione dei delinquenti, prendere a norma soltanto le proprie leggi e non prestare attenzione ai concetti prevalenti nella giustizia degli altri Stati. In ogni modo vale anche in tal caso, a preferenza d'ogni altro, il concetto fondamentale: che il giudice debba nel dubbio giudicare secondo le leggi del proprio Stato. E poichè il magistrato, quando debba giudicare di reati commessi all'estero, deve punirli secondo le leggi del proprio paese; così deve di regola, secondo le leggi dello stesso paese, determinare le conseguenze di diritto privato derivanti da atti illeciti compiuti all'estero. Tale regola non patisce eccezione nè quando si tratti di giudicare le conseguenze di atti illeciti compiuti fra connazionali all'estero; nè quando uno straniero abbia offeso all'estero il nostro Stato od un

(1) Waechter, l. c., § 28 (*Arch.* cit., vol. XXV, fasc. 3, pag. 390, 391).
(2) V. n° 114.

nostro suddito; nè quando un nostro suddito abbia offeso uno straniero all'estero. In questo caso sarebbe assurdo il supporre che la nostra legge attribuisca nel nostro territorio ad uno straniero leso all'estero da un nostro suddito, diritti non concessi nè agli indigeni, nè agli stranieri che siano stati identicamente lesi nel nostro territorio.

Eccezionalmente applicabile riconosce il Wächter solo in un caso (1) l'opinione dei dissenzienti, l'applicazione cioè della legge del luogo dove la lesione è avvenuta. Se la legge di quest'ultimo paese definisce un atto come tale da non dar origine a veruna riparazione od indennità, e di quell'atto sia stato vittima un suddito di quello Stato nei limiti del suo territorio, e quell'individuo si rivolga poi ai nostri giudici per ottenere quella riparazione e quella indennità che gli spetterebbe per effetto della nostra legge, il nostro giudice non dovrà corrispondere alla domanda di lui, quando la soluzione affermativa non derivi chiaramente dalla legge cui il giudice stesso è sottoposto. Infatti nel dubbio si deve ritenere che non fosse negl'intenti del nostro legislatore, di concedere agli stranieri, offesi nel territorio del loro Stato, una misura di protezione e di riparazione, non concessa dallo Stato dove l'atto è avvenuto e cui l'offeso appartiene. In tutto questo argomento delle obbligazioni derivanti da delitto, prevale dunque, secondo il Wächter, la legge del giudice su quella del luogo dell'atto, salvo quest'ultima eccezione. E tanto la regola quanto la eccezione son dedotte dall'indole delle leggi relative agli atti illeciti ed alle loro conseguenze e dalla implicita volontà del legislatore, il quale dal contenuto della legge e dall'obbiettivo suo fa derivare anche la regola relativa di diritto internazionale privato. Questa regola pertanto, anche nel caso delle obbligazioni derivanti da delitto, è quale si suppone che la ragione debba dettare ai singoli legislatori.

171. — Nelle obbligazioni derivanti da contratto l'applicazione di una legge straniera può farsi anzitutto perchè la legge imperante nel paese del giudice lasci libera l'autonomia delle parti, e perchè le parti, facendo uso di questa loro autonomia, abbiano sottoposto il loro rapporto di diritto ad una legge straniera. In tal caso il giudice dovrà ricercare quale sia stata la legge cui le parti hanno voluto assoggettare il loro rapporto. Quando poi trattisi di materia abbandonata all'autonomia delle parti, e queste non siansi espresse circa la scelta della legge, come dovrà decidere il giudice per uniformarsi

(1) L. c., pag. 395.

al loro probabile volere? Secondo le disposizioni di legge di quale territorio o di quale Stato, dovranno colmarsi nel dubbio le lacune lasciate dalle parti nell'ordinamento del loro rapporto giuridico? (1). Poichè trattasi di materia abbandonata all'autonomia, nulla vieta di ricorrere alle norme del diritto romano relative alla scelta fra i diritti di varie provincie del medesimo Stato. Nel dubbio circa i limiti dell'autonomia, il giudice dovrà decidere secondo le leggi vigenti nel proprio Stato. Se invece si tratti di rapporti obbligatorii dei quali si debba giudicare, secondo la volontà del nostro legislatore, applicando un diritto straniero, come, ad esempio, nei rapporti patrimoniali fra coniugi, allora i limiti dell'autonomia delle parti dovranno essere determinati secondo la legge straniera che per volontà del legislatore nostro si dovrebbe in tal caso applicare.

Ciò posto, resta a risolvere la questione: « secondo le leggi dispositive di quale Stato si debbano colmare le lacune di un rapporto giuridico, quando le parti non lo abbiano, colla manifestazione esplicita della loro volontà, completamente disciplinato ». In tal caso il Wächter non crede che debba applicarsi in tutto il principio del diritto romano, secondo il quale nel dubbio si presume che le parti abbiano inteso sottoporre il loro rapporto giuridico alla legge del luogo del contratto. Il luogo eventualmente determinato per il pagamento determinerà il fôro competente e la volontà stessa delle parti dovrà intendersi completata dalla legge talora del luogo del contratto, talora del luogo dell'esecuzione, dalla legge, cioè, che è, secondo le circostanze del contratto e della manifestazione della loro volontà (2), comune alle parti per quel rapporto giuridico (3). Dal principio fondamentale di diritto romano deriva dunque che i contratti, tanto per il significato delle parole usate, quanto per il completamento delle disposizioni mediante le leggi dispositive, devono essere chiariti e completati secondo il diritto vigente nel luogo del pagamento, o secondo quello vigente nel luogo dove le parti hanno contrattato. Nel caso di contratto fra assenti (4), luogo del contratto dovrà ritenersi quello dell'offerta, ma ciascuna delle parti s'intenderà obbligata secondo le leggi del proprio domicilio, poichè « è sommamente probabile, che ciascun contraente abbia usato della propria

(1) Waechter, l. c., § 20 (*Arch.* cit., vol. XXV, fasc. 1, pag. 35, 36).
(2) L. c., pag. 46, 47.
(3) Waechter, l. c., § 20 (*Archiv* cit., vol. XXV, fasc. 1, pag. 42-45).
(4) L. c., pag. 45, 46.

autonomia, obbligandosi a ciò che è conforme alle leggi cui è soggetto e dove ha trattato e prestato il proprio consenso ». E per effetto delle stesse indicazioni della volontà presunta delle parti, se due connazionali stipulano all'estero un contratto eseguibile al loro comune domicilio, sarà la legge di questo che dovrà integrare la loro volontà nel regolamento di quel contratto (1). La legge del luogo del contratto è dunque decisiva quando le parti non abbiano, contraendo, assegnato un altro territorio all'esecuzione dei loro patti; se tale territorio sia stato determinato, alla legge di questo s'intende riferirsi la volontà delle parti; nei contratti fra assenti alle rispettive leggi delle parti singolarmente considerate; e nei contratti fra connazionali all'estero alla comune legge delle parti; e tutto ciò secondo la probabile e razionale indicazione della volontà delle parti, l'uso della cui autonomia è indagato e presunto in modo analogo all'indagine ed alla presunzione che son fatte altrove rispetto alla volontà del legislatore.

La obbedienza che deve prestare il giudice alla legge del proprio paese è così assoluta, che agli stranieri contraenti nel proprio territorio ciascun magistrato deve applicare le norme assolute della propria legge (2), tanto se queste norme siano proibitive, quanto se siano permissive. Ma anche nel decidere (3) se una obbligazione contratta altrove sia suscettibile di protezione nel suo paese, il magistrato deve regolarsi secondo le leggi in quello vigenti; e secondo queste leggi deve valutare l'estensione dell'autonomia lasciata alle parti. Sicchè potrà ammettere soltanto in questi limiti dell'autonomia determinati dalla propria legge, la facoltà nelle parti di assoggettare i loro rapporti contrattuali a leggi straniere; e per effetto di tale autonomia potrà trovarsi nella condizione di applicare nel proprio territorio anche leggi proibitive straniere, il cui effetto sarà fatto valere dal giudice in quanto esse non contraddicano ad altre leggi proibitive del suo paese (4). L'autonomia delle parti che contraggonò nel territorio o che vogliono nel territorio dare esecuzione ai loro rapporti obbligatorii, è dunque limitata dalle norme imperative della legge del giudice ed inoltre, in quanto non siano in contraddizione con queste, anche dalle norme imperative vigenti nel paese alla cui legge le parti, facendo

(1) L. c., pag. 46, 47.
(2) L. c., § 29 (*Arch.* cit., vol. XXV, fasc. 3, pag. 399, 400).
(3) L. c., pag. 400-402.
(4) L. c., pag. 402, 403.

uso della propria autonomia, si sono riferite sottoponendovi il loro rapporto giuridico.

Quanto alle norme relative all'esecuzione ed al pagamento, in quanto la loro modalità non dipenda materialmente dall'indole del vincolo giuridico, il giudice del luogo di pagamento o di esecuzione deve applicare le disposizioni di legge del proprio Stato; per esempio, quanto ai termini consentiti ai debitori, al modo di liberarsi dal debito mediante il deposito, alla possibilità dell'arresto personale (1).

Circa la legge regolante la prescrizione estintiva dei diritti personali e delle azioni, il Wächter nota il grande dissidio che esiste nella dottrina fra chi vuol far prevalere la legge di origine dell'obbligazione connaturando la prescrizione coll'indole materiale del rapporto giuridico e coi suoi effetti, e chi preferisce la legge del giudice considerando prevalente l'elemento processuale e l'obbligo che incombe al giudice di applicare la propria legge. Il Wächter, contrariamente a quanto lascierebbe supporre la di lui prima regola fondamentale, ammette che quest'ultima opinione porge argomento a molti dubbii. Infatti (2) non è esatto ascrivere la prescrizione al *modus procedendi*, poichè essa indubbiamente riguarda la medesima sussistenza del diritto. Poichè la prescrizione è un modo di estinzione di un diritto, è competente a decidere di quello la legge secondo la quale deve constatarsi la esistenza o la estinzione del diritto di cui si tratta. Da ciò il principio che la prescrizione estintiva dipenda, nelle obbligazioni, dalle leggi sotto l'impero delle quali sta il rapporto giuridico cui quella prescrizione voglia riferirsi, leggi che non sono sempre ed assolutamente nè quelle del fôro competente, nè quelle del territorio dove il rapporto giuridico ha avuto origine. Nelle obbligazioni derivanti da contratto deve pertanto ricercarsi anzitutto, anche nei riguardi della prescrizione, se la legge del fôro ne disponga con norme assolute e sottratte all'autonomia delle parti. In tal caso il giudice dovrà regolare la prescrizione secondo le leggi vigenti nel proprio paese. Ma se queste leggi abbandonano il rapporto di cui si tratta e in relazione al quale si invoca la prescrizione, all'autonomia delle parti, quel giudice dovrà ammettere o non ammettere la prescrizione, secondo quanto le parti hanno espressamente o tacitamente provveduto, cioè secondo la legge cui è ragionevole intendere che esse

(1) § 30, l. c., pag. 408.
(2) L. c., pag. 410, 411.

abbiano voluto sottoporre il loro rapporto giuridico, che è d'ordinario la legge vigente nel luogo del contratto (1).

172. — I rapporti successorii, come quelli di famiglia ed in generale tutti i rapporti patrimoniali complessivi di una persona e le disposizioni non obbligatorie relative al patrimonio, sono attribuiti dal Wächter all'impero della legge personale. Poichè lo Stato, nel regolare quei rapporti, non ha di regola in considerazione gli oggetti che costituiscono il patrimonio, ma i soggetti cui il patrimonio appartiene o deve appartenere. Lo Stato, disponendo circa tali rapporti, non ha per obbietto l'interesse relativo al commercio di quelle cose cui i rapporti stessi si riferiscono, ma bensì le generali relazioni patrimoniali della persona, la quale pertanto è il centro del rapporto giuridico di cui si tratta. Tali disposizioni di legge devono dunque nel dubbio applicarsi soltanto ai sudditi dello Stato il cui legislatore le abbia formulate, nè alcun argomento di interesse pubblico trae lo Stato a regolare egualmente nel proprio territorio anche i rapporti patrimoniali analoghi degli stranieri. Non trattasi di norme date nell'interesse del commercio delle cose, e per salvaguardare la sicurezza della proprietà, ma date nell'interesse dei rapporti personali che, in quanto istituiti fra stranieri, non interessano particolarmente il nostro Stato. Se pertanto uno straniero possiede un fondo nel nostro territorio, sarà del tutto indifferente al nostro Stato che quel fondo sia ereditato dal nipote o dallo zio del proprietario, o che una porzione legittima maggiore o minore ne debba pervenire ai figli di lui, perchè le disposizioni relative alla successione intestata, ed alla porzione legittima, non si riferiscono alle cose, ma ai rapporti fra le persone. Chi volesse pertanto estenderle anche ai rapporti giuridici esistenti fra stranieri le farebbe esorbitare dai limiti assegnati dalle attribuzioni e dall'interesse del nostro Stato, cui riesce del tutto indifferente che il patrimonio dei forestieri sia in un modo o nell'altro attribuito e distribuito. Dal senso e dall'indirizzo delle nostre leggi dunque discende che: « i rapporti patrimoniali di una persona considerati nella loro totalità, e le disposizioni d'indole non obbligatoria relative al suo patrimonio, devono essere regolati dal nostro giudice, in quanto si riferiscono a nazionali, esclusivamente secondo il nostro diritto, e in quanto si riferiscono a stranieri, esclusivamente secondo il diritto del loro Stato, senza riguardo all'accidentale dimora della per-

(1) L. c., pag. 411, 412.

sona, od alla situazione delle cose pertinenti al suo patrimonio » (1). Da ciò deriva che la successione nel patrimonio di una persona, e le disposizioni d'ultima volontà, relative al patrimonio o ad una parte di questo, debbano regolarsi e giudicarsi secondo i diritti vigenti nel domicilio della persona della cui eredità si tratta, senza considerazione del luogo dove possono essere situate le varie parti di quel patrimonio.

Perciò il nostro giudice dovrà applicare:

1. Alla successione intestata di un cittadino, la legge vigente nel nostro paese, anche se quel cittadino sia morto all'estero, o possedesse beni situati all'estero, o fossero stranieri gli eredi.

2. Alla successione intestata di uno straniero, che possieda beni nel nostro territorio, le leggi vigenti nel domicilio di quello straniero.

3. Se le nostre leggi sanciscono norme peculiari relative a determinate specie di beni, al loro possesso ed alla loro trasmissione, quelle norme dovranno assolutamente applicarsi, in confronto di chicchessia, ai beni di quelle specie situati nel nostro territorio. Infatti una tale legge che dispone eccezionalmente circa determinati beni pertinenti alla successione, e sancisce per quelli qualche disposizione particolare, non ha per obbietto soltanto il regolamento d'un rapporto patrimoniale fra cittadini, ma piuttosto la sorte dei beni in sè considerati, ovvero, i rapporti giuridici di chiunque venga a trovarsi con tali beni nella relazione preveduta da quella legge speciale. Perciò in quei limiti e rispetto a quelle cose, la facoltà di trasmetterle e il titolo a possederle, dovranno essere giudicati dal nostro magistrato, nei riguardi degli stranieri non meno che in quelli dei cittadini, secondo la legge territoriale.

4. Del resto, anche indipendentemente da tale eccezione, non di rado deve concorrere in una stessa successione intestata l'applicazione di leggi di diversi Stati. Per esempio nel giudicare della successione d'un nostro suddito, l'attitudine di un parente a succedere deve dipendere dalla nostra legge, ma la derivazione di parentela legittima di quel parente domiciliato all'estero, dal matrimonio celebrato all'estero dai genitori di lui, deve giudicarsi secondo la legge straniera (2). Dell'attitudine del legittimato per susseguente matrimonio a succedere come parente, deciderà la legge della successione; ma

(1) Waechter, l. c., § 25, 1 (*Archiv* cit., vol. XXV, fasc. 2, pag. 198, 199).
(2) L. c., § 26, III, 3 (*Archiv* cit., vol. XXV, fasc. 3, pag. 364, 365).

della validità del matrimonio donde la legittimità di quel figlio naturale deriverebbe, deve giudicarsi secondo la legge personale del figlio stesso.

5. Gli stessi principii valgono anche per le disposizioni di ultima volontà, si riferiscano queste a tutto il patrimonio, oppure soltanto a singole cose a quello pertinenti. Secondo le leggi dello Stato cui il testatore apparteneva, dovrà decidere il giudice così della capacità di disporre per atto di ultima volontà, come della capacità di succedergli in via testamentaria; ed egualmente secondo quelle leggi dovrà procedere alla indicazione degli eredi necessarii, alla valutazione dei diritti che a questi competono, al regolamento della successione testamentaria rispetto a singole cose ed alla determinazione dei rapporti fra la successione universale e quella particolare. Se un forestiero avesse testato in un'età alla quale poteva farlo secondo la legge del proprio paese, ma non secondo la legge d'un altro paese dove si dovesse giudicare della successione di lui, il giudice di quest'ultimo territorio ne riconoscerà come valido il testamento anche rispetto ai beni in questo medesimo territorio situati. E alla soluzione contraria si arriverebbe nel caso di un cittadino che avesse testato all'estero essendo capace secondo la legge del territorio dove avesse fatto il testamento ed incapace secondo la legge del proprio paese, oppure essendo capace anche secondo quest'ultima legge, ma avendo contravvenuto alle sue norme dispositive circa l'ordine delle successioni. Poichè, in quanto si riferisce al contenuto delle disposizioni d'ultima volontà, non ha valore la regola *locus regit actum*.

6. Anche nella successione testamentaria valgono però le eccezioni già indicate (1) rispetto a quella intestata. Se la legge d'uno Stato sancisse rispetto a certi beni, che non se ne potesse disporre per testamento, ma che potessero ereditarsi esclusivamente *ab intestato*, anche al proprietario straniero di beni di quella specie sarebbe negata nel territorio di quello Stato e nei riguardi dei beni di quella specie, la facoltà di disporne per testamento. Inoltre i giudici applicheranno in modo assoluto il diritto vigente nel loro territorio ai beni che vi sono situati, quando si tratti del modo di acquistare un diritto reale sulle cose singole o si tratti di determinare l'indole di tale diritto reale; e ciò anche se quell'acquisto fosse la conseguenza di una successione universale. Se per esempio in un paese la legge vuole, che

(1) V. nº 3.

per acquistare la proprietà immobiliare sia necessaria sempre l'aggiudicazione giudiziale, l'erede di uno straniero non potrà acquistarvi la proprietà degli immobili ereditarii situati in quel territorio, per effetto della semplice adizione dell'eredità, fosse pur questa sufficiente secondo la legge in vigore nello Stato del testatore, ma soltanto per effetto dell'aggiudicazione giudiziaria. E lo stesso deve ripetersi delle disposizioni relative alla pubblicità dell'ipoteca ed alla trasmissibilità di certi diritti ed obblighi, per esempio, dell'usufrutto, agli eredi (1).

7. Se la persona della cui successione si tratta, ha mutato domicilio, tale mutamento porterà per conseguenza anche quello della legge da applicarsi, quando il rapporto di diritto di cui si tratta sia tale che debba essere regolato secondo la legge del domicilio. Quando invece il domicilio, secondo le regole già esposte, non debba aver influenza nell'indicazione della legge da applicare, è evidente che il mutare del domicilio non importerà verun mutamento nei riguardi della legge regolatrice. Perciò: *a*) Il concetto e l'ordine della successione intestata mutano col mutare del domicilio, perchè dalla legge di questo tale successione dipende; sarà dunque regolata dal diritto vigente nel domicilio che il defunto aveva al momento della morte; fatta eccezione soltanto per le norme ricordate ai numeri 3 e 6, le quali essendo assolute nei riguardi di tutti, valgono quanto ai beni situati nei rispettivi territorii della situazione dei beni, indipendentemente dal domicilio del defunto; *b*) Nella successione testamentaria, e colla riserva delle medesime eccezioni, è la legge dell'ultimo domicilio del testatore che decide sia della capacità a testare, sia della validità del contenuto del testamento; sicchè un testamento valido secondo le leggi d'un domicilio anteriore ed invalido secondo le leggi dell'ultimo domicilio, dovrà tenersi per invalido dai giudici degli altri paesi.

173. — I rapporti di famiglia, considerati in sè e nei loro effetti personali sui membri della famiglia, soggiacciono in genere ai medesimi principii che reggono le attitudini giuridiche della persona e le loro conseguenze di diritto. L'applicazione del principio fondamentale posto a base della dottrina del Wächter, importa senza dubbio anche in tali rapporti l'efficacia del diritto straniero nei riguardi degli stranieri, quantunque però non in modo assoluto ed illimitato. Si dovrebbero qui applicare i seguenti principii:

1. Nel dubbio deve presumersi che uno Stato, disponendo dei

(1) L. c., pag. 167, 168.

rapporti di famiglia d'una persona in generale, abbia pensato soltanto ai proprii sudditi; poichè gli identici rapporti famigliari di forestieri non lo interessano e non lo toccano immediatamente, e non è probabile ch'esso abbia voluto regolare rapporti che hanno la propria sede in altro territorio, ed escono pertanto dall'orbita della sua legislazione. Ne deriva che il nostro giudice debba giudicare i nostri sudditi, quanto ai loro rapporti di famiglia, secondo le leggi del nostro Stato, applicando per converso agli stranieri negli stessi rapporti la legge straniera. La validità d'un matrimonio contratto fra cittadini del nostro Stato, dovrà pertanto essere giudicata secondo le nostre, quella d'un matrimonio contratto fra stranieri, secondo le leggi di questi ultimi. E se il figlio, nato da un matrimonio contratto fra stranieri, pretende, come legittimo congiunto, a partecipare in uno Stato alla eredità di un cittadino, il giudice di tale Stato dovrà riconoscergli la qualità di figlio legittimo, quando questa risulti dalle leggi del paese cui appartengono i genitori di lui. Così dell'esistenza della patria potestà nel padre straniero sui figli pure stranieri, deciderà la legge del loro Stato; e i figli legittimati per rescritto del principe secondo le leggi del paese cui appartengono, dovranno esser tenuti anche negli altri Stati come legittimati.

2. Se un rapporto famigliare esiste fra nazionali e stranieri, è naturale e corrispondente alla regola fondamentale suaccennata, che debba essere giudicato, in ciascuno degli Stati cui appartengono le parti, secondo le proprie leggi. Il Wächter respinge a tale proposito la regola formulata dal Mittermaier: « che le leggi del domicilio del padre debbano determinare i rapporti della patria potestà »; e vi sostituisce l'altra regola più conforme al proprio principio fondamentale: « che tutto quanto riguarda lo stato personale e la capacità di un cittadino, debba essere regolato dalla legge del suo paese ». Sicchè se il padre per effetto della sua legge personale conservasse la patria potestà sulla figlia maritata, ma non la conservasse secondo la legge del paese cui appartiene il marito di lei, il giudice di quest'ultimo paese non potrebbe, dopo il matrimonio, riconoscere verun effetto di quella patria potestà. E se un cittadino sposasse una straniera divorziata, della validità del divorzio dovrebbe decidere anche il giudice del paese cui appartiene il secondo marito, secondo la legge personale di quella straniera, ma della possibilità legale che un cittadino sposi una divorziata, giudicherà lo stesso giudice secondo la propria legge territoriale.

3. In quanto si riferisce alle conseguenze personali dei rapporti di famiglia sulle relazioni reciproche dei membri della famiglia stessa, la regola dell'impero della legge vigente al domicilio della persona di cui si tratta, non può applicarsi se non con due limitazioni. Sulla capacità e responsabilità delle persone verso i terzi, in quanto queste siano determinate o modificate dal rapporto famigliare, imperano le regole formulate a proposito delle attitudini delle persone e delle loro conseguenze giuridiche (§ 22). Inoltre nessuno Stato tollererà nel proprio territorio atti che la propria legge ritenga illeciti e condannabili, e tanto meno li assicurerà colla propria protezione, anche se taluno li difendesse come legittimi secondo il diritto del proprio Stato, ed anche se tale diritto straniero fosse decisivo in tale argomento secondo le regole generali ammesse nello stesso territorio per l'applicazione della legge. Per esempio si applicherà il diritto straniero al giudizio della validità d'un matrimonio fra stranieri, od alla constatazione dell'esistenza della patria potestà, ma nello stesso territorio dove il diritto straniero sia stato così riconosciuto ed applicato, il giudice non potrà permettere che i forestieri esercitino diritti che, secondo le loro leggi siano connessi col matrimonio o colla patria potestà, quando la legge del territorio dov'essi vorrebbero farli valere ritenga del tutto condannabili ed illeciti gli atti risultanti dall'esercizio di quei diritti. La patria potestà o la potestà maritale degli stranieri sarà pertanto constatata secondo la legge del paese cui quelli appartengono, ma le pene corporali connesse secondo tale legge coll'esercizio della rispettiva potestà, non potranno essere inflitte dal marito o dal padre nel territorio dove la legge vigente non le ammetta.

I rapporti patrimoniali dei coniugi dipendono in generale dalla libera determinazione delle parti. Ma in tutto ciò che sia sottratto all'autonomia di quelle dalla legge del paese dove il marito dimora, il nostro giudice dovrà applicare il diritto vigente nel paese cui il coniuge appartiene. Quando poi siano in vigore in uno Stato norme precettive circa i rapporti patrimoniali fra coniugi, il giudice di quello Stato non le applicherà anche ai rapporti fra coniugi stranieri, poichè il legislatore, così disponendo, non ha avuto per obbietto le cose situate nel proprio territorio, ma bensì le persone, e pertanto nel dubbio le sue disposizioni devono riferirsi soltanto ai nazionali, ad esclusione degli stranieri. Sicchè se la legge d'uno Stato dispone che i coniugi debbano vivere in comunità di beni, e che il patrimonio comune dei coniugi debba rispondere per i debiti contratti dal marito,

quella legge non si dovrà applicare a quei beni situati nel territorio che appartengano a coniugi stranieri, nè a quei debiti che nel medesimo territorio siano stati contratti da un marito straniero che si trovi per effetto della propria legge in diverso rapporto patrimoniale colla moglie. E ciò perchè le disposizioni di legge relative a tutti i rapporti patrimoniali dei coniugi, son riferite dal legislatore ai proprii sudditi e non anche agli stranieri (1).

Le questioni relative ai diritti del padre di famiglia sugli aumenti di patrimonio della prole, devono essere risolte dal giudice secondo le leggi del domicilio paterno. Infatti, anche in tale rapporto, il legislatore di un paese dispone esclusivamente per i padri e per i figli che stanno nella sua sudditanza, nè vuole, solo perchè siano eventualmente contestati nel suo territorio, sottoporre alla medesima legge anche i rapporti patrimoniali delle famiglie straniere. Se dunque la legge di un paese attribuisce al padre l'usufrutto sui beni che pervengano ai figli da parte di terzi, ed un figlio, suddito di altro Stato, erediti un fondo da un terzo in quel territorio, il giudice del territorio stesso non concederà al padre di lui l'usufrutto riconosciuto dalle leggi territoriali, se non lo riconosca anche il diritto vigente nel paese cui appartiene la famiglia (2).

In quanto poi si riferisce alle ricerche della paternità, ed alle altre azioni derivanti da rapporti sessuali estramatrimoniali, il Wächter a ragione si allontana da coloro che ascrivono senz'altro tali rapporti alla categoria delle obbligazioni derivanti da atti illeciti. In tali casi egli vuol distinguere. In quanto l'azione fondata sul concepimento illegittimo tenda ad ottenere una indennità per la seduzione patita, devono applicarsi i principii che reggono le obbligazioni derivanti da delitto (3). Ma egli non giudica che le ricerche della paternità appartengano a questa stessa categoria. Ciò che determina l'azione, non è in quest'ultimo caso l'atto illecito del padre, ma il fatto d'essere costui padre della persona della cui paternità appunto si tratta. Perciò alla medesima legge che, nel caso di figli legittimi, decide circa il riconoscimento, gli alimenti ed il diritto ereditario, devesi ricorrere per risolvere le medesime questioni circa i figli illegittimi (4). Se dunque in uno Stato, dove ai figli illegittimi non è concesso di

(1) L. c., § 26, vol. XXV, fasc. 3, pag. 362.
(2) L. c., pag. 363.
(3) V. pag. 63 e 64.
(4) §§ 23, 25 e 26.

accampare verun diritto in confronto del padre, il suddito di un altro Stato dove la legge riconosca tali diritti ai figli illegittimi, procrei fuori di matrimonio un figlio con una cittadina del primo Stato, e dal figlio o dai rappresentanti di lui si agisca poi contro il padre davanti ai Tribunali del di lui paese, questi dovranno riconoscere il diritto del figlio sia in confronto del padre, sia in confronto della di lui successione, perchè il legislatore cui il padre è sottoposto quanto alla sudditanza, ha inteso, ammettendo quei diritti dei figli naturali, di disporre non già relativamente alle cose, ma piuttosto relativamente all'ordine famigliare ed ai rapporti fra i varii membri della medesima famiglia. Se invece il padre appartiene al paese dove il figlio illegittimo non può accampare diritti contro il genitore naturale, e il figlio è procreato con una indigena in altro paese dove quei diritti gli competano, il figlio non potrà far valere nemmeno nel paese dove è nato i proprii diritti ereditarii, perchè il legislatore disponendo circa questi diritti intende regolare soltanto i rapporti fra i proprii sudditi. Quel figlio potrà bensì farvi valere il proprio diritto agli alimenti in confronto del padre, perchè nel regolare l'obbligo della prestazione degli alimenti fra genitori, anche naturali, e prole, il legislatore ha avuto il proposito di emanare un comando applicabile in modo assoluto a tutti, senza distinzione, nei limiti del proprio territorio (1).

174. — Al regolamento delle forme degli atti il Wächter non applica senz'altro la regola *locus regit actum*. La forma di un atto d'ultima volontà dovrebbe regolarsi dalla stessa legge che impera sull'atto stesso e in genere su tutta la successione, cioè da quella vigente al domicilio del defunto. La regola *locus regit actum* non è considerata dal Wächter come una norma che derivi tacitamente dalla volontà e dai fini del legislatore, ma piuttosto come una consuetudine successivamente sviluppatasi nei rapporti fra Stati per ragioni di opportunità. Tale norma è ammessa come una consuetudine tanto da quei giuristi della scuola più antica che, nei riguardi degli immobili, fanno dipendere le regole della successione dalla legge vigente nel luogo della situazione, quanto da quei giuristi più recenti che fanno dipendere in tutto la successione, senza distinguere fra le varie specie di beni, dalla legge del domicilio del defunto. Così gli uni come gli altri ammettono che un atto di ultima volontà, nel quale il testatore abbia

(1) L. c., § 28, pag. 395-397 dell'*Archiv* cit., vol. XXV, fasc. 3.

osservate le forme prescritte dalla legge del luogo dove è stato fatto il testamento, debba considerarsi valido dovunque, appartenga o non appartenga il testatore al paese dove ha fatto il testamento, e sia o non sia situato in quel territorio il di lui patrimonio. Errano però secondo il Wächter (1) coloro che vogliono giustificare tale regola sia coi principii del diritto romano, sia coi principii generali del diritto relativi all'indole dei rapporti giuridici. Infatti la legge che determina la forma necessaria di un rapporto giuridico, è una *lex cogens*, una legge precettiva obbligatoria, senza distinzione di persone, nel territorio del legislatore che l'ha emanata. Sicchè se si ammette che la successione debba regolarsi secondo la legge del domicilio del defunto, si deve ammetter pure come una conseguenza che il testamento soggiaccia alle leggi precettive del domicilio del testatore. E da ciò segue di necessità che le leggi precettive del domicilio del testatore decidano anche della forma del testamento, e che tali forme debbano regolarsi secondo le leggi del domicilio della persona. Nè la circostanza che il testatore abbia fatte le sue disposizioni in altro territorio, può costituire una eccezione quanto al regolamento della forma, più che non lo possa fare quanto al regolamento del contenuto del testamento.

La regola *locus regit actum* non trova dunque la sua giustificazione nei principii generali del diritto, ma può invocarsi soltanto se esista nel diritto positivo di un paese esplicitamente o per effetto di una consuetudine costante. Tale consuetudine è constatata dal Wächter (2) nel diritto comune tedesco, e del pari può constatarsi nelle consuetudini contemporanee vigenti negli altri paesi. Il Wächter dunque, applicando con coerenza il proprio principio fondamentale, comincia col riconoscere che un magistrato deve applicare anche al giudizio di validità delle forme d'un testamento, le condizioni di validità prescritte dalle leggi del proprio paese, ogni qualvolta il legislatore cui quel giudice deve obbedire non voglia che in tal caso siano applicate le prescrizioni delle leggi di un altro territorio. Poi nell'analizzare le leggi relative alla successione, egli trova una relazione di comando i cui due termini sono subbiettivamente lo Stato ed obbiettivamente i suoi sudditi; sicchè il giudice di ciascun paese dovrà, per obbedire allo spirito che informa la legislazione vigente, applicare

(1) Waechter, l. c., § 26, IV, vol. XXV, fasc. 3, pag. 369, 370.
(2) L. c., pag. 371, 372, 373 e 374.

alla successione di un individuo il diritto vigente al domicilio dell'individuo stesso. Nel far tale applicazione non v'è una ragione per applicare alle forme del testamento una legge diversa da quella che ne deve governare il contenuto. Per applicare al giudizio di validità delle forme una legge diversa da quella che governa il contenuto, sarebbe necessario che allo stesso diritto positivo cui si attinge la regola dell'impero della legge vigente nel domicilio del defunto, si potesse attingere anche la eccezione dell'impero, quanto alle forme, delle leggi vigenti nel luogo dove il testamento fu redatto.

Ora il Wächter trova appunto la giustificazione di tale regola eccezionale nella stessa volontà del legislatore da cui emana la regola normale, e la constata nella costante manifestazione della consuetudine. È in tal caso la pratica opportunità che induce ad omettere le più rigorose conseguenze della regola che pure si è ammessa come decisiva in tale materia (1). Poichè, se il nostro cittadino, negli atti da esso compiuti all'estero, dovesse assolutamente osservare le forme prescritte dalle nostre leggi, egli si troverebbe esposto alle maggiori difficoltà, quanto alla stessa conoscenza di quelle forme. E sovente incontrerebbe un'assoluta impossibilità di osservare quelle forme nel compiere atti giuridici in altro territorio. La preoccupazione di tali difficoltà, ed anche la consapevolezza di quell'elemento arbitrario che pur esiste in tutte le prescrizioni legislative specifiche circa le forme, ha aiutato pertanto il formarsi della consuetudine in favore della regola *locus regit actum*, « la quale regola, appunto perchè derivata da una consuetudine, non potrebbe giustificarsi coi principii generali, perchè è in sè stessa una deviazione da tali principii » (2). Da tale consuetudine ormai costante deriva la regola: « Un atto di ultima volontà deve considerarsi valido nei riguardi della forma, quando nel suo compimento siano state osservate le forme prescritte dalle leggi in vigore nel territorio dove l'atto è stato compiuto ». Tale principio estende la propria efficacia: *a*) a tutto quanto si riferisce alla forma esteriore dell'atto di ultima volontà; per esempio non solo al numero dei testimonii necessarii, ma anche alla loro capacità, ed alle questioni relative alla necessità delle firme, al sigillo ed altre modalità nei testamenti scritti; *b*) a tutte le specie di atti d'ultima volontà; sicchè il suddito di un paese le cui leggi non riconoscano una determinata

(1) L. c., pag. 371, 372.
(2) L. c., pag. 372.

forma di testamento, potrà in tale forma testare in un altro paese la cui legge la riconosca, e tale testamento sarà tenuto formalmente per valido anche nello Stato cui il testatore appartiene (1); e ciò senza far veruna distinzione fra forme solenni e forme non solenni, ed ammettendo del pari, e con piena reciprocità per entrambe, l'impero della regola *locus regit actum*.

175. — Ma da quanto il Wächter ha scritto per giustificare tale regola, risulta altresì ch'essa non è un assoluto comando. Non è infatti dimostrato necessario da verun principio superiore, che si debbano osservare, nel compiere un atto giuridico, quelle forme che sono valide secondo la legge del luogo dove l'atto è compiuto; anzi resta sempre conforme alla rigorosa applicazione dei principii fondamentali che reggono la successione, l'ammettere la validità degli atti d'ultima volontà fatti nelle forme in vigore al domicilio del defunto. Il testatore non è dunque dal diritto consuetudinario obbligato, per motivi di opportunità pratica, ad osservare le forme in vigore nel luogo del testamento; ed egli resta del tutto libero di non far uso della facoltà che gli compete per effetto di quel diritto consuetudinario, e di redigere invece anche all'estero il proprio testamento secondo le forme in vigore nel territorio del proprio domicilio. Sicchè non solo il giudice riconoscerà come valido il testamento fatto all'estero da un suddito del di lui paese nelle forme valide secondo la legge del medesimo Stato, e diverse da quelle in vigore nel luogo del testamento; ma riconoscerà altresì come valido (2) il testamento fatto da uno straniero nel territorio cui quel giudice appartiene nelle forme valide secondo la legge del domicilio di quel testatore forestiero e diverse da quelle corrispondenti alle prescrizioni della legge vigente nel territorio dove il testamento è stato redatto. Certamente nel primo caso manca la pratica possibilità di costringere un altro Stato a riconoscere la validità del testamento fatto dal nostro suddito nel territorio di quello Stato nelle forme della nostra legge; ma ciò non diminuisce punto il valore del principio giuridico, che autorizza i nostri giudici a riconoscere, nei limiti della possibilità, la validità di quel testamento.

(1) Qui — l. c., pag. 374-377 — il Waechter svolge opportune considerazioni che possono servire alla confutazione di tutti coloro che in casi analoghi, e per questo e per altri istituti, tendono a trasformare le questioni di forma in questioni di capacità, non riconoscendo in tali casi l'applicazione della regola *locus regit actum*.

(2) L. c., pag. 369.

Nè si tratta in tal caso di dettar leggi per un altro Stato (1), ma piuttosto di ridurre nei suoi giusti limiti la soggezione nella quale, per effetto del compimento di un atto giuridico, l'autore dell'atto stesso trovasi verso le leggi del territorio dove l'atto è stato compiuto (2). Ed anche la maggioranza degli scrittori tedeschi s'era pronunziata, a partire dal secolo XVII, in favore di questa norma: « che un testamento fatto all'estero, non secondo le leggi del luogo dove è stato fatto, ma secondo le leggi del domicilio del testatore, debba dai giudici di quest'ultimo territorio essere considerato, nei riguardi formali, come valido ». Sicchè i limiti di applicazione della regola *locus regit actum*, trovano la loro giustificazione in quello stesso diritto consuetudinario che ha dato un fondamento alla regola stessa.

Il mutamento del domicilio, date queste regole, non potrà avere se non in un solo caso, effetto sulla validità formale del testamento. Se infatti il testatore avea testato nelle forme corrispondenti alla legge del luogo del testamento, il mutare del domicilio resterà senza effetto, perchè il testamento, nel quale furono osservate le leggi in vigore dove è stato redatto, dovrà riconoscersi dovunque come valido. Se poi il testatore ha redatto al proprio domicilio il testamento secondo le forme colà in vigore, la validità formale del testamento dovrà persistere, anche dopo il mutamento del domicilio, perchè, essendo osservate le forme in vigore nel luogo dove è stato redatto, la sua formale validità resta, come nel primo caso, universale. Se invece il testatore ha redatto, fuori del proprio domicilio, un testamento seguendo le forme valide nel proprio domicilio, e più tardi tale domicilio è da lui mutato; in tal caso la validità formale di quel testamento viene a mancare se, colle disposizioni di legge vigenti rispetto alla forma nel domicilio abbandonato, non corrispondono anche le disposizioni di legge vigenti nel nuovo domicilio. Infatti, non essendosi in tal caso seguite le forme prescritte dalla legge del luogo dove l'atto è stato compiuto, la validità formale del testamento si fa dipendere alternativamente dalla legge del domicilio; e col mutare di quest'ultimo è naturale che muti anche la legge da cui può dipendere alternativamente la validità formale del testamento (3).

Nel trattare della forma dei contratti il Wächter prende le mosse

(1) V. ni 370 e 371.

(2) Waechter, l. c., § 26 (*Archiv* cit., vol. XXV, fasc. 3, pag. 378, 379), e § 11 (*Arch.* cit., vol. XXIV, fasc. 2, pag. 288, 289 e ni 116 e 117).

(3) L. c., § 26, V, 4.

dagli stessi principii fondamentali: Le disposizioni di legge relative alla validità delle forme di un contratto sono precettive, e pertanto l'autonomia delle parti ne resta limitata; ma un diritto consuetudinario da lungo tempo formatosi, determina ormai, così categoricamente circa i contratti come circa gli atti di ultima volontà, che la forma corrispondente alle leggi del luogo del contratto debba riconoscersi valida dovunque, sicchè sia valido dovunque anche un contratto stipulato senza una forma determinata, quando le leggi del luogo del contratto non richiedono una forma determinata perchè l'atto sia valido. Rimane bensì alle parti in una certa misura la facoltà di libera scelta delle forme, ma in una misura molto limitata. Le parti possono cioè osservare, anzichè le forme prescritte dalla legge del luogo del contratto, quelle del luogo della sua esecuzione, o del luogo dove se ne debba giudicare; ma resta però sempre il giudice del luogo del contratto nella necessità di giudicare in tale caso il contratto come invalido.

Nè ciò pare al Wächter in contraddizione con quanto ha detto a proposito delle disposizioni di ultima volontà, ammettendo (1) che il giudice di un paese riconosca la validità di un testamento redatto in questo paese non secondo le forme nello stesso vigenti, ma secondo quelle vigenti nel domicilio del testatore. Poichè, dice egli (2), negli atti di ultima volontà la legge regolatrice del rapporto giuridico, è quella in vigore nel domicilio del testatore, fosse pur questo domicilio pertinente ad un territorio diverso da quello cui appartiene il giudice che deve decidere della validità del testamento. In tal caso dunque, alternativamente coll'osservanza delle forme corrispondenti alla legge del domicilio del testatore, è concesso a quest'ultimo di seguire le forme del luogo dove redige il proprio testamento. Nel caso dei contratti invece la legge precettiva è quella del fôro, e resta in facoltà delle parti l'osservanza delle forme vigenti nel luogo del contratto. Se dunque il giudice chiamato a decidere della validità di un contratto, trova che, quanto alle forme, non sia stata osservata nè la legge del fôro, nè la legge del contratto, dovrà pronunciarsi per la invalidità del contratto. In nessuna maniera potrebbe ammettersi dunque che fosse lecito alle parti di sottoporre quanto alla forma i loro contratti ad una legge qualunque da loro preferita; anzi deve

(1) V. pag. 378 del vol. XXV, fasc. 3 dell'*Archiv* cit., nª 369.
(2) L. c., nª 404.

ritenersi meno ampia nei contratti che nei testamenti, l'autonomia delle parti; e per effetto del diritto consuetudinario costituitosi in materia di forme, deve ritenersi che nei contratti l'osservanza delle forme vigenti nel luogo della stipulazione, sia il solo mezzo per determinarne universalmente la formale validità.

Quando poi in uno Stato un determinato contratto sia ritenuto per sè invalido, e pertanto non stipulabile validamente in alcuna forma in quel territorio, mentre in un altro Stato quel medesimo contratto sia tenuto per valido purchè siano state osservate certe forme, nel primo Stato non potrà essere riconosciuta la validità di un contratto di quella specie, quantunque fosse stato validamente stipulato nel secondo; poichè il giudice di un paese è sempre obbligato ad applicare le disposizioni precettive o proibitive della propria legge (1). Per converso nel secondo paese sarà riconosciuta la validità d'un contratto stipulato nel primo paese colla clausola che debba essere eseguito nel territorio del secondo, quando le forme richieste dalla legge di quest'ultimo paese siano state osservate.

Il Wächter poi, prendendo ad esaminare l'eccezione che si vuol fare da molti all'impero della regola *locus regit actum* nei casi di *fraus legis*, dimostra come quella eccezione sia tanto poco giustificabile, quanto l'impero eccessivo che da molti si attribuisce, anche sul contenuto dei rapporti giuridici, alla regola *locus regit actum*. Infatti agisce *in fraudem legis* soltanto chi accomoda i proprii atti giuridici in guisa da non mettersi esteriormente in contraddizione colla lettera della legge, mentre, nella sostanza della cosa, l'atto che si compie contiene ciò che è in contraddizione col comando del legislatore e col fine ed il significato della sua volontà. Ora non può dirsi che esista frode quando uno vada all'estero per compiervi un atto giuridico che, fatto all'estero nelle forme colà vigenti, è riconosciuto come formalmente valido dalla legge del paese cui la persona che lo ha compiuto appartiene e del resto è da quest'ultima legge ammesso come sostanzialmente valido. Prescindendo dunque dalla validità materiale di un atto (2), la sua validità formale deve ritenersi universale quando esista secondo le leggi del luogo dove si compia l'atto giuridico; nè v'è una ragione per far eccezione a tale regola a cagione dei motivi che abbiano determinato un individuo ad approfittare della facoltà di compiere

(1) § 29 l. c., vol. XXV, fasc. 3, pag. 401, 407 e 408.
(2) L. c., § 31, pag. 415, 416.

validamente i proprii atti in un altro territorio secondo le forme in questo vigenti. Nè si può ravvisare una *fraus legis* nel fatto che il nostro suddito, approfitti della facoltà di andare all'estero e di redigervi un atto nelle valide forme locali, perchè tale forma straniera gli riesca più gradita, più comoda o meno costosa. Se la regola consuetudinaria *locus regit actum* valesse soltanto per i casi di necessità, ed il nostro cittadino fingesse tale necessità per poter ricorrere alle forme di un altro paese, allora potrebbe parlarsi di *fraus legis*. Ma la regola *locus regit actum* non è limitata ai casi di necessità; sicchè dei motivi di colui che abbia voluto seguirla agendo all'estero, non è da tener conto; ed abbia esso seguite le forme straniere perchè trovavasi all'estero, oppure sia andato all'estero per poter approfittare delle forme straniere, nulla è tolto, nel secondo più che nel primo caso, alla validità formale dei suoi atti giuridici.

176. — Quantunque il Wächter non dedichi che tre pagine alla esecuzione delle sentenze straniere, pure quanto egli ne dice è sommamente utile a far conoscere in modo completo il carattere generale della di lui dottrina. Egli riconosce che non si può sostenere la esistenza di una necessità e di un'obbligazione in cui ciascuno Stato si trovi di eseguire senza condizioni nel proprio territorio le sentenze definitive rese dai giudici degli altri Stati. Poichè le norme che da un altro Stato siano riconosciute come diritto formale o materiale, non possono considerarsi come obbligatorie per il nostro Stato; e tanto meno quest'ultimo potrebbe esser obbligato a prestare senz'altro il proprio concorso all'esecuzione di una sentenza, che potrebbe anche, secondo i principii di diritto vigente nel proprio territorio, contenere la più grave ingiustizia. Però le relazioni internazionali e lo stesso interesse dei proprii sudditi consigliano ciascuno Stato a non far valere in tutto il proprio stretto diritto, ma a far talora qualche concessione. A ciascuno Stato compete poi decidere, quanto oltre debba andare in tali concessioni. In ogni caso ciascuno Stato dovrà:

1. Accompagnare le proprie concessioni colla condizione della reciprocità. Se omettesse di farlo, non solo comprometterebbe la propria dignità, ma non provvederebbe debitamente al proprio interesse;

2. In quanto alla competenza, deve prendere a fondamento il principio che a stabilirla in genere debba prevalere il diritto vigente nel paese del giudice cui la esecuzione della sentenza straniera sia eventualmente domandata. Sicchè il giudice straniero che abbia pronunciata la sentenza della cui esecuzione si tratta, sarà riconosciuto

come competente, e la sua sentenza sarà riconosciuta come tale, solo in quanto i magistrati di quel paese straniero dove è stato pronunciato il giudicato fossero competenti anche secondo il diritto vigente nel nostro paese. Per esempio se l'esecuzione di una sentenza straniera è domandata in un paese le cui leggi riconoscono una competenza derivante da contratto, solo allorquando il debitore al momento dell'azione si trovi nel territorio del contratto, il giudice cui quella esecuzione è domandata, non dovrà riconoscere la competenza del tribunale straniero che ha pronunciata la sentenza, se fosse mancata quella condizione relativa alla presenza del debitore nell'altro territorio;

3. Riservata pertanto la determinazione generica della competenza alla legge del territorio dove si domanda la esecuzione di una sentenza straniera, la indicazione specifica del magistrato competente dev'essere accettata anche in quel territorio, quale è data dalla legge del paese dove la sentenza è stata pronunciata. La legge del giudice cui si domanda l'esecuzione di una sentenza straniera, deve determinare se i magistrati in genere del paese dove la sentenza è stata pronunciata, fossero competenti; ma, determinata una volta questa competenza, il grado di giurisdizione, e la circoscrizione giudiziaria cui competesse decidere della questione alla quale la sentenza si riferisce, devono essere riconosciuti quali risultano indicati dal diritto vigente nel paese dove la sentenza è stata pronunciata;

4. Tali condizioni però non devono considerarsi ancora come garanzie sufficienti per uno Stato e tali da indurlo senz'altro ad eseguire una sentenza straniera nel proprio territorio. Uno Stato che di tanto si accontentasse, potrebbe trovarsi nella condizione di dover eseguire un giudicato straniero, informato nel suo contenuto a leggi, cui secondo i principii di diritto vigenti nel proprio territorio, il rapporto di diritto in questione non debba essere sottoposto. Per esempio un individuo, incapace ad obbligarsi secondo le leggi del paese cui appartiene, contrae in un altro Stato, secondo le leggi del quale è considerato capace ad obbligarsi, un rapporto obbligatorio, e successivamente vi è pronunciata una sentenza che gli impone l'adempimento dei suoi impegni. Se si domanda, nel paese cui l'obbligato appartiene, l'esecuzione di tale sentenza, dovranno i giudici di quello concederla, quando secondo le leggi colà vigenti, il cittadino è seguito anche all'estero dalle leggi patrie relative alla capacità giuridica; sicchè quella sentenza non avrebbe potuto essere pronun-

ciata quando l'azione fosse stata esercitata nella patria del convenuto, dove poi l'esecuzione della sentenza ottenuta contro di lui altrove, è domandata? Ciò sarebbe in assoluta contraddizione non solo coi principii fondamentali formulati dal Wächter, ma anche coi principii fondamentali che governano la sovranità degli Stati e l'applicazione della legge. Da ciò un'altra condizione che il Wächter giudica necessaria perchè si possa eseguire una sentenza straniera: « che tale sentenza non sia in contraddizione colle leggi precettive del paese dove la esecuzione ne è domandata, in quanto conformemente a tali leggi precettive, debba, secondo i principii di diritto vigenti nello stesso paese, essere giudicato il rapporto di cui si tratta ».

Ora non è per le condizioni poste al cosidetto giudizio di delibazione, ma per le ragioni addotte a giustificarle, che questa ultima parte dell'opera del Wächter parmi particolarmente importante. Infatti quale è il primo principio enunciato da lui come fondamento della propria dottrina? « Il giudice deve sempre applicare la sola legge del proprio paese ». A questo succede, come moderatore, il secondo principio fondamentale: « Il giudice deve applicare, invece della legge del proprio paese, una legge straniera, quando gli sembri evidente che il riferimento alla legge straniera risulti voluto dal legislatore cui lo stesso giudice è soggetto ». Tale volontà del legislatore, quando non sia esplicita, risulta dalle espressioni, dal senso e dal fine di quella disposizione di legge che specificatamente si riferisce ad un determinato rapporto giuridico. Il Wächter, trattando particolarmente dei singoli istituti, ha cercato, ogniqualvolta indicava come preferibile l'applicazione di una legge straniera, di far derivare tale applicazione dalla volontà dei legislatori in genere, o in ispecie da quella del legislatore del paese dove si tratti di applicare una norma di diritto straniero. Non sempre gli è riuscito di dimostrare che tale indicazione della legge straniera da applicarsi, derivi dalla volontà del legislatore nazionale la cui legge dovrebbe a stretto rigore prevalere. Ma, pur non riuscendo sempre effettivamente a dimostrare la implicita volontà del legislatore territoriale, egli credeva però d'essere sempre riuscito a dimostrarla e considerava tale indagine e tale dimostrazione come necessarie.

Nel caso dell'esecuzione delle sentenze straniere egli stesso invece si appoggia ad una diversa base. Non v'è necessità, egli dice, di eseguire una sentenza straniera; il giudice cui la concessione di tale esecutorietà sia domandata, dovrebbe rifiutarla quando il legislatore

cui è soggetto diversamente non disponga; nessuna indicazione o misura di concessioni a ciò relative può dedursi dall'indole, dal senso e dall'indirizzo generico delle leggi di un paese. Però, soggiunge, *i rapporti internazionali e l'interesse*, cioè l'equità e l'utile, consigliano gli Stati a concedere in certi limiti l'esecuzione delle sentenze straniere nel rispettivo territorio; e il concetto della sovranità e dell'ordine indica soltanto i limiti oltre i quali uno Stato non può andare nel concedere tale esecuzione di giudicati stranieri. Qui, più chiaramente che prima non fosse apparso, manifestavasi il carattere della dottrina del Wächter, che è in realtà « un sistema di norme che si suppongono consigliate ai singoli Stati dall'equità e dall'utile reciproco, circa la concessione e la misura d'applicazione delle norme di diritto di un paese nel territorio di un altro ».

177. — Chi esamini attentamente l'opera del Wächter, non può esitare a giudicarla per valore e per importanza ben superiore a quella dei predecessori di lui. Nel trattare una materia tanto rimaneggiata da altri e pur sempre in molte parti tanto oscura, egli ha saputo ad un tempo procedere con analisi minuta, e con sintesi sistematica, così da non perdere di vista le peculiari caratteristiche dei varii rapporti giuridici e da ricondurle tutte pur sempre all'obbedienza dei principii fondamentali. Egli si svincola dalle antiche distinzioni statutarie, così inadeguate alla chiara e completa soluzione delle controversie e dei dubbii di diritto internazionale privato, nè si lascia sedurre, come taluno dei giuristi che di poco lo hanno preceduto, dall'enunciazione di qualche principio semplice e specioso sotto l'impero del quale poi non si riesce a ridurre tutta la materia. Sempre sollecito delle esigenze della vita pratica e pur mai dimentico dei principii immutabili della scienza, egli sa vedere in ogni questione il vero punto capitale della controversia, ed arriva a risolverla non trascurando la più minuta ricerca dei dettagli e sempre conservandola in armonia colle complessive esigenze della dottrina (1). Ed appunto per questa cura contemporanea delle prime ragioni e delle ultime conseguenze, egli riesce ad evitare quella contraddizione nella quale è pur facile cadere enunciando talune norme regolanti l'applicazione delle leggi di un paese nel territorio di un altro. Chi tali regole enuncia e pur nel tempo stesso riconosce che dalla piena sovranità di ciascuno Stato e dall'arbitrio che ne deriva, risulta l'impossibilità di appli-

(1) Hugo Meyer, *Karl Georg Wächter*. Leipzig, Böhme, 1898.

care in un territorio, senza il beneplacito della sovranità che vi impera, una disposizione di legge di altro paese, formula infatti due termini che appariscono piuttosto in contraddizione che non in logica connessione fra loro. Ed appunto perchè il Wächter sapeva evitare in realtà tale apparente contraddizione, non meritava se non che in piccola parte l'accusa di unilateralità mossagli da taluno (1), nè restava così alieno da quanto è più elevato nella giurisprudenza quanto era parso allo Jhering che lo accusava di restare troppo esclusivamente nelle regioni inferiori della pratica.

Una questione di diritto internazionale privato può presentarsi in un territorio la cui legge determini la propria applicabilità fuori dello Stato e i cui giudici debbano applicare quella norma relativa all'efficacia estraterritoriale della legge, come ogni altra norma di diritto interno; oppure può presentarsi in un territorio la cui legge determini se ed in quali proporzioni e quando vi si possa applicare una legge straniera, ed in tal caso la soluzione data da questa legge rispetto all'applicabilità nel territorio di una legge straniera, può essere diversa dalla soluzione data da questa medesima legge straniera circa la propria applicabilità fuori del territorio dove è stata promulgata ed è in vigore come legge interna; oppure può presentarsi in un paese dove si debba scegliere non solo se, a preferenza della legge territoriale una legge straniera sia applicabile ad un rapporto giuridico, ma anche, nel caso affermativo, quale fra due leggi straniere di Stati diversi debba preferirsi, ed in tal caso nei tre paesi interessati si possono avere rispettivamente tre soluzioni del tutto contrarie. Di tutto ciò non hanno tenuto conto molti scrittori di diritto internazionale privato, i quali od hanno formulato un sistema razionale che quasi sempre riusciva inadeguato alla vastità della materia, e in favore del quale non potevasi praticamente invocare veruna autorità obbligatoria per le leggi e per le giurisdizioni dei varii Stati; oppure hanno formulato alcune norme in relazione al diritto positivo del proprio paese e così hanno lasciato sussistere insolute le stesse difficoltà in rapporto cogli altri paesi le cui sovranità non sono punto obbligate a riconoscere tali soluzioni nel rispettivo territorio. Il Wächter non ha perduto di vista questa duplice difficoltà: 1. Che a risolvere razionalmente le questioni di diritto internazionale privato, non può bastare una formula generale semplice e speciosa di cui tutte

(1) Meyer, l. c., pag. 28.

le regole particolari siano conseguenze: come la territorialità, o la personalità delle leggi, o il diritto naturale, o la *comitas gentium*, o il rispetto dei diritti acquisiti; **2**. Che a risolverle praticamente è indispensabile sopratutto il concorso della volontà di ogni singolo Stato nel territorio del quale le norme di diritto internazionale privato si debbano applicare. Da ciò le due regole fondamentali da lui formulate: **1**. La volontà indipendente e decisiva dei singoli Stati quanto alla giustificazione pratica delle regole di diritto internazionale privato; **2**. L'analisi particolareggiata dei singoli istituti per indagare a parte a parte il contenuto di quelle regole considerato come ispirazione razionale ed uniforme della volontà dei singoli Stati.

Il giudice di ciascun paese deve applicare la legge nazionale oppure una legge straniera, secondo che l'una o l'altra è voluta dal legislatore del proprio Stato. Ma il legislatore, nel determinare in tal rapporto la propria volontà, sarà mosso alla sua volta da due considerazioni fondamentali: la tutela dell'ordine giuridico dello Stato, e il mantenimento dei rapporti internazionali che consigliano, non solo di riconoscere una capacità giuridica agli stranieri, ma anche di consentire in certi casi l'applicazione di una disposizione di legge forestiera. È vero che il deliberare tali concessioni compete interamente al legislatore e non al giudice, e che, secondo il Wächter, ogni sistema di diritto internazionale privato è in pratica esclusivamente nazionale, dipendendo singolarmente in ciascun paese dalla volontà del legislatore rispettivo. Ma ciononostante può concepirsi, anche secondo il Wächter, un sistema generale di diritto internazionale privato, dipendente dai concetti di ragione pratica che devono logicamente ispirare tutti i legislatori nella risoluzione di tali controversie.

Nell'indagine di tali concetti razionali ispiranti i legislatori, sta l'elemento generale e sistematico della dottrina del Wächter. E tanto meglio tale elemento risulta da ciò che, anche quando il legislatore non abbia esplicitamente od implicitamente manifestata tale volontà, il giudice può ricercarla nello spirito, nell'indirizzo e nel fine delle singole leggi vigenti nel suo paese circa la materia della quale è chiamato a giudicare. Sicchè talvolta quel giudice si crederà autorizzato senz'altro all'applicazione, ad un determinato rapporto giuridico, di una legge straniera, a preferenza della corrispondente legge nazionale, dall'assenza di una volontà contraria manifestata dal legislatore del suo paese. È vero che « decisiva per il giudice è l'interpretazione delle fonti legislative del suo paese, e non già un principio estrinseco, sia

questo di giustizia, di equità o di interesse »; ma nell'interpretazione di quelle fonti legislative, al giudice è consentita, secondo il Wächter, non poca larghezza per ricercare, anche nel silenzio serbato a tale proposito dal legislatore, quali principii estrinseci di giustizia, di equità o di interesse, abbiano ispirato il legislatore stesso nel legiferare sulla materia della quale quel giudice in un caso concreto è chiamato a decidere. Sicchè è vero d'un lato che il Wächter ha tenuto sempre presente alla mente come, nella pratica, nessuna volontà possa comandare in ciascun paese a quella del legislatore. Ma in quanto alla ricerca ed alla esposizione sistematica dei motivi determinanti tale volontà dei singoli legislatori, il sistema di lui nè può dirsi radicalmente dissimile, nel suo concetto generico, da altri sistemi di diritto internazionale privato, nè potrebbe poi ascriversi del tutto, senza grave errore, alla categoria di quelli ispirati al principio della territorialità delle leggi.

178. — Se il Wächter, dopo aver ammesso che della applicabilità delle leggi straniere in un territorio, debba sempre decidere il legislatore di quest'ultimo territorio, avesse aggiunta la condizione che tale volontà del legislatore debba essere esplicita, oppure avesse insegnato che la stessa volontà debba intendersi implicita, nel senso dell'applicabilità del diritto straniero, ogniqualvolta non sia stata espressa dal legislatore una volontà contraria, l'applicazione del di lui sistema non darebbe luogo a possibilità di divergenze. Ma egli non si accontenta dell'assenza di una volontà contraria del legislatore; nè esige d'altronde la manifestazione espressa della sua volontà in favore della applicazione di una legge straniera; e la ricerca della volontà implicita risultante dallo scopo, dal fine e dall'indirizzo delle singole leggi, dà luogo a ricerche e ad induzioni talvolta così sottili, e talvolta pure così subbiettive, da poter condurre altri a conseguenze del tutto diverse da quelle cui è arrivato il Wächter, e da non potere pertanto dar sempre e dovunque al giudice un indirizzo costante e sicuro. Il Wächter, per esempio, trattando delle successioni, dice che il legislatore, disponendo in tale materia, intende regolare i rapporti delle persone e non la destinazione delle cose, e che perciò le leggi successorie devono intendersi emanate per i sudditi e non per gli stranieri. Molti giuristi e la giurisprudenza di varii Stati, s'informano ad un concetto del tutto diverso delle leggi successorie, sopratutto in quanto si riferiscono al patrimonio immobiliare. Ed ecco come, edificando sulla medesima base e seguendo l'indirizzo stesso del Wächter,

si possa arrivare alle soluzioni più contrarie fra loro, e sempre colla convinzione di rispettare la volontà del legislatore, implicita nell'indole, nello scopo e nell'indirizzo delle sue leggi.

La stessa possibilità di divergenze è ammessa dal Wächter stesso (1) in quanto riguarda il regolamento delle conseguenze giuridiche derivanti dalle qualità essenziali della persona. E la stessa distinzione fra qualità essenziali della persona e conseguenze di tali qualità, non è, pur prescindendo dalla confusione che deriva dal parlare, come di termini equivalenti, del domicilio e della sudditanza, così semplice e chiara e costante come, dall'esposizione di quelle regole del Wächter, potrebbe apparire. Il minore straniero per esempio è riconosciuto tale nel nostro territorio, secondo la legge del paese cui appartiene, ma il nostro giudice, tale riconoscendolo, non gli potrà attribuire se non quei diritti che la nostra legge attribuisce ai minori. Così il Wächter (2); ma poichè tali leggi sono dirette a regolare i rapporti personali, ed hanno per obbietto i sudditi e non gli stranieri, non si sa vedere perchè una gran parte dei diritti e degli obblighi e delle immunità derivanti dalla qualità di minore, non debbano essere regolate anche dal nostro giudice, finchè non tocchino l'ordine dello Stato, secondo la legge personale del minore. Molti autori e molte giurisprudenze si pronunciano infatti per questa soluzione; nè, ciò facendo, può dirsi che vengano meno alle regole fondamentali del Wächter, od abbandonino l'indirizzo da lui prescritto alle indagini del magistrato.

E molto maggiormente può dar luogo a divergenze quanto egli dice delle *cose* e delle leggi a queste relative. Finchè egli parla della territorialità assoluta di quelle leggi che considerano le cose come oggetto immediato del rapporto giuridico, o di quelle disposizioni precettive che riguardano l'indole dei diritti che si possono immediatamente costituire sulle cose, il modo di acquistarli in via definitiva, e la loro suscettibilità di esecuzione giudiziale, è naturale che si incontri nel consenso comune. Ma quando egli sottopone alle stesse regole anche la capacità ad acquistare le cose (3), sia pure limitandola, come apparisce dal secondo dei luoghi citati, alle sole cose immobili, egli non solo non può incontrare il medesimo consenso, ma si pone in contraddizione coi fondamenti stessi della propria dottrina e colle applicazioni fattene ripetutamente in materia di capacità personale,

(1) L. c., § 22 (*Archiv* cit., vol. XXV, fasc. 2, 1842, pag. 175, 176).
(2) L. c., pag. 181-184.
(3) § 25, n° 2, e § 27, n° 6.

di rapporti fra coniugi (1), e fra genitori e prole, di obbligazioni e di successioni. Che se pur quelle clausole relative alla capacità nei §§ 25 e 27, dovessero riferirsi in primo luogo non già alla capacità delle persone ad acquistare determinate cose, ma bensì alla suscettibilità delle cose ad essere acquistate, l'interpretazione di tale clausola e la sua applicazione ai casi particolari, non cesserebbero perciò di prestarsi a molte divergenze e disformità nella pratica.

A tali disformità altre poi possono aggiungersene in quanto si riferisce alle obbligazioni derivanti da contratto. Queste infatti sono sottoposte, anche nel loro regolamento internazionale, alla volontà dello Stato, e nei limiti di autonomia consentiti dallo Stato la cui legge si deve applicare, alla volontà delle parti. Nei limiti dunque fissati all'autonomia, è la volontà delle parti che decide, ed una determinata legge deve applicarsi in quanto le parti abbiano voluto sottoporre a quella il loro rapporto giuridico. Il giudice deve dunque interpretare tale volontà; ma i risultati di tale interpretazione, per effetto della larghezza che è consentita al magistrato, non possono essere sempre e dovunque identici. Lo dimostra quanto è detto (2) dal Wächter circa i limiti dell'autonomia delle parti, e il modo di determinarli, e circa le norme da seguire per determinare, nel silenzio delle parti, l'implicita estrinsecazione dell'autonomia stessa; e in fine ciò ch'egli scrive a proposito della prescrizione (3).

E tanto più, nelle singole sue applicazioni concrete, la dottrina del Wächter può prestarsi a dubbii ed a divergenze, inquantochè egli non esige sempre le medesime condizioni perchè si possa ammettere in uno Stato l'applicazione di una legge forestiera. Trattando infatti dei rapporti di famiglia, egli sostiene che, nel dubbio, debba presumersi che uno Stato, disponendo circa i rapporti di famiglia d'una persona in generale, abbia pensato soltanto ai proprii sudditi; e ciò perchè gli identici rapporti dei forestieri non lo interessano. Il magistrato pertanto, giudicando di tali rapporti, dovrà applicare la legge straniera ai forestieri. In tal caso dunque, per autorizzare l'applicazione della legge straniera, basta il silenzio della legge nazionale che non la vieti. Invece, tenendo conto della esposizione dei principii fondamentali del Wächter, parrebbe che occorresse ben più perchè il giudice potesse applicare, senza autorizzazione espressa o espresso

(1) § 25, 1 (*Archiv* cit., vol. XXV, fasc. 2, pag. 198, 199).
(2) § 20 (*Arch.* cit., vol. XXV, fasc. 1°, pag. 35, 36). V. pag. 64 e 65.
(3) § 30, pag. 411, 412.

comando del legislatore cui è soggetto, una legge straniera. Sicchè, secondo quei principii fondamentali, parrebbe che il semplice silenzio del legislatore, dovesse importare non già la facoltà nel giudice di applicare le norme del diritto positivo straniero, ma invece l'obbligo assoluto di lui d'applicare la propria legge nazionale. Parrebbe, a chi considerasse quei principii fondamentali, che l'indicazione del senso, dello scopo e dell'indirizzo della legge patria dovesse essere più chiara nei suoi elementi costitutivi di quanto non possa risultare dal semplice têma di quella legge patria che si tratta di applicare o non applicare, e che si riferisce al rapporto in questione. E parrebbe infine che quella indicazione, dedotta soltanto dal têma e dall'indole della legge stessa, debba variare troppo sovente col variare degli intelletti che si applicano a determinarla. Il Wächter giudica che una legge relativa ai rapporti famigliari debba intendersi applicabile ai soli cittadini e non anche agli stranieri, perchè i rapporti di famiglia degli stranieri non interessano lo Stato; ad altri giuristi e legislatori pareva, e pare ancora, che tutto quanto riflette l'ordine delle famiglie, interessi lo Stato dove una famiglia si trova o dove comunque il magistrato debba giudicarne. Ed a più forte ragione tale dissidio può manifestarsi circa le norme precettive che riguardano i rapporti patrimoniali fra coniugi. Il Wächter afferma che il nostro giudice non le applicherà a coniugi stranieri, poichè il legislatore, così disponendo, non ha per obbietto le cose situate nel territorio, ma le persone appartenenti allo Stato; e pertanto, nel dubbio, tali disposizioni debbono applicarsi ai nazionali ad esclusione dei forestieri. Da molti si adducono appunto l'indole della legge ed i suoi fini come argomenti per giustificare, almeno nei riguardi degli immobili, l'applicazione delle leggi della situazione, a tutti ugualmente, cittadini e stranieri, nei limiti del territorio.

Il che ricordo non per approvare in tale argomento la soluzione contraria a quella del Wächter, ma per notare come la norma da lui data per dedurre, nel silenzio della legge, la volontà del legislatore, possa risultare sovente nella pratica troppo vaga ed incerta. E talora lo stesso Wächter è indotto dalla necessità del ragionamento e dalla deficienza di indizii, ad astenersi del tutto dal ricercare la volontà implicita del legislatore, ed a far dipendere invece una regola di diritto internazionale privato o da una consuetudine generale uniforme come la norma *locus regit actum*, o, come l'esecuzione delle sentenze straniere, da una volontà dello Stato generica

e indefinita, ch'egli formula nel senso negativo e non in quello positivo.

Ma tali imperfezioni ben poco tolgono all'eccellenza dell'opera e quasi nulla al vanto del sommo giurista, cui Jhering scriveva che da nessuno, fatta eccezione dal Savigny, aveva tanto imparato quanto da lui. Insuperabile nel saper ridurre intricate questioni giuridiche a semplici questioni di senso comune, egli non cessava di esortare i proprii uditori « a non crearsi delle difficoltà dove queste non esistano » (1). Perciò l'opera sua, anche dal punto di vista del metodo e dell'indirizzo, doveva riuscire particolarmente utile e feconda in un campo di ricerche dove tante difficoltà esistono per sè, e tante altre era venuta accumulandone la sottigliezza degli studiosi.

179. — Meglio pertanto d'ogni suo contemporaneo, era degno il Wächter di stare accanto al Savigny fra i fondatori del moderno diritto internazionale privato. Poichè di entrambi può dirsi che, se ai loro sistemi non va dato il nome di scienza nuova; se non hanno esaurito, nè l'uno nè l'altro, lo studio della materia così che resti ora soltanto a commentare l'opera loro; ad entrambi però è dovuto il rinnovamento manifestatosi nella scienza del diritto internazionale privato durante la seconda metà del secolo XIX.

Nato 18 anni prima del Wächter, e morto 19 anni prima di lui, il Savigny però, come scrittore di diritto internazionale privato, lo segue in ordine cronologico, poichè mentre il Wächter pubblicava il *Saggio sui conflitti* nel 1842, il Savigny pubblicava nel luglio del 1849 l'ottavo volume del suo *Trattato di diritto romano*. In quel volume appunto è contenuto il libro terzo che doveva por termine alla parte generale del di lui sistema, trattando *dell'impero delle regole di diritto sui rapporti giuridici*. Il Savigny divide questo libro in due capitoli, trattando nel primo *dei limiti locali dell'impero delle regole di diritto sui rapporti giuridici*, e nel secondo *dei loro limiti nei riguardi del tempo*.

Ora, considerando tale sviluppo e tale partizione, si presentano subito alla mente due domande. Perchè il Savigny ha studiato in relazione col diritto romano il conflitto delle leggi di territorii diversi? Perchè lo ha studiato parallelamente al conflitto, nel medesimo territorio, di leggi diverse in ordine di tempo? Il Wächter avea (2)

(1) Meyer, l. c., pag. 37.
(2) Waechter, l. c., § 4.

molto opportunamente fatto notare come errassero quegli scrittori che cercavano nel diritto romano le norme regolatrici del conflitto delle leggi. Infatti secondo il diritto romano si doveva distinguere: 1. I diritti propriamente detti che il *ius civile* attribuisce al cittadino romano; e rispetto a quelli le regole del diritto romano si dovevano applicare ai cittadini romani anche relativamente ai rapporti di diritto costituiti all'estero; 2. Il *connubium* ed il *commercium* concessi ai peregrini, rispetto ai quali deve ripetersi la medesima regola; 3. Il *ius gentium* vigente fra peregrini, così come era concepito dai Romani (1); 4. Certi rapporti dei peregrini, per il regolamento dei quali i Romani attingevano le norme applicabili, al diritto dello Stato cui quei peregrini appartenevano; ma in quale misura ciò avvenisse, è detto imperfettamente dalle fonti (2). È incerto se così si facesse anche nei riguardi di stranieri appartenenti a Stati indipendenti, o soltanto nel caso di stranieri sudditi di Stati pertinenti all'impero romano. Ed anche circa la questione: se chi apparteneva ad un territorio dove il diritto locale conteneva norme particolari, potesse essere giudicato secondo quelle norme anche fuori della propria provincia, le fonti sono ben deficienti di soluzioni; 5. Finalmente nei punti che il diritto romano abbandona all'arbitrio delle parti, queste conservavano naturalmente piena libertà circa la scelta del diritto applicabile al loro rapporto di diritto.

Il diritto romano prendeva dunque le mosse dal principio che il giudice debba rispettare ed applicare soltanto la legge del proprio paese, e che il cittadino romano, nei proprii rapporti coll'estero, non debba mai essere giudicato secondo il diritto straniero, nemmeno per gli atti da lui compiuti all'estero. Rispetto agli stranieri lo stesso diritto romano ammetteva due concetti fondamentali (la limitata capacità dei peregrini, e il *ius gentium*) del tutto inapplicabili nei rapporti fra gli Stati moderni. Il Savigny, parlando dell'importanza del diritto romano in questa materia, non nega che nelle leggi di Roma si trovino poche prescrizioni dirette e positive, ma sostiene ciò non ostante che importi studiarle attentamente, perchè le decisioni attuali degli autori e dei tribunali sono in gran parte fondate sopra un'interpretazione, retta od erronea, delle regole e dei principii di diritto romano, l'influenza dei quali si esercita spesso quasi all'insaputa di

(1) V. vol. I, pag. 154-161.
(2) Waecther, l. c., § 4, n. 4 (*Arch.* cit., vol. XXIV, fasc. 2, p. 243, 244).

quelli che la subiscono (1). Il prendere così per fondamento un sistema di diritto che era stato considerato come legge comune, in opposizione ai singoli diritti particolari, dai primi giureconsulti che hanno studiato il conflitto delle leggi (2), doveva procurare al Savigny non solo il vantaggio diretto di una sana critica per apprezzare le conclusioni degli antecedenti scrittori partiti dallo stesso punto di veduta (3), ma anche il vantaggio indiretto di indurre il pensiero a quell'indirizzo comprensivo dal quale soltanto poteva uscire una dottrina ben concepita e costrutta.

Nel trattare poi dei limiti delle leggi nello spazio separatamente dall'indagine dei loro limiti nel tempo, egli ravvisava un difetto degli scrittori che lo avevano preceduto. Nel suo sistema gli uni e gli altri limiti appariscono come due manifestazioni e due aspetti diversi del medesimo problema, collegati da una dipendenza intima di principii. Infatti rivolgendo il pensiero a questi due termini: rapporti giuridici e regole di diritto; qual è la figliazione naturale delle idee? Per le regole di diritto si domanda: quali sono i rapporti giuridici sottomessi a queste regole? E per i rapporti giuridici: a quali regole sono essi soggetti? Così deve essere posto il problema; e, ponendolo così, vi si comprendono, come secondarie, tanto le questioni d'applicazione delle leggi nel tempo, quanto quelle di collisione nello spazio. Con eguale larghezza aveva considerato questo problema delle leggi Cicerone, allorchè, vagheggiando una legge ideale, la supponeva non solo comune a tutti gli uomini, ma anche a tutti i secoli, non solo universale, ma eterna: « non legge perchè scritta dagli uomini, ma perchè nata nella mente divina » (4).

Le questioni di collisione sorgono quando più regole di diritto, simultaneamente in vigore in territorii diversi, sembrano dover influire su rapporti giuridici formati dall'uomo, nella propria mobilità, simultaneamente in relazione ai loro diversi territorii. Le questioni di applicazione sorgono invece quando, nell'intervallo che separa l'origine del rapporto di diritto dal momento attuale, il diritto positivo abbia subite, nel territorio cui lo stesso rapporto è soggetto, delle modificazioni, in modo da lasciare incerto a qual'epoca si debba ricorrere per attingere la regola specifica competente a regolare quel rapporto giuridico.

(1) Savigny, *Trattato di diritto romano*, trad. Guenoux, vol. VIII, § 344.
(2) Savigny, *Storia del diritto romano nel medio evo*, cap. II.
(3) Savigny, *Trattato di diritto romano*, vol. VIII, §§ 356, 357.
(4) Cicer., *Leggi*, lib. II, cap. IV, § 10.

I due ordini di questioni che il Savigny prende ad esaminare, derivano dunque l'esistenza loro dagli stessi fattori: regole di diritto e rapporti di diritto. Restando immutate le regole di diritto nei rispettivi territorii, possono sorgere collisioni fra l'una e l'altra per la mobilità dell'uomo nel dar nascimento ai rapporti giuridici e nell'usarne e farli valere; e restando la formazione e l'azione di un diritto o di un rapporto giuridico sotto l'impero esclusivo delle leggi appartenenti ad un territorio ben definito, queste leggi possono trovarsi in un conflitto di applicazione dovuto alla mobilità della volontà legislativa che può regolare posteriormente la stessa materia con una legge diversa (1).

180. — Lo studio simultaneo di questi due ordini di problemi, applicando i criterii più positivi dell'uno alle esigenze dell'altro, trasporta fin dal principio la trattazione della materia sopra una base concreta, quale ancora non le era stato dato di trovare. Fin dalle prime parole d'introduzione alla dottrina del Savigny ci troviamo pertanto agli antipodi dagli statutarii. Questi cominciavano con un omaggio alla territorialità della legge; e, quantunque spesso, anche in odio alla logica, si affaticassero per temperarne il rigore, la loro massima era: « le leggi sono onnipotenti nel territorio e del tutto inefficaci fuori del territorio del legislatore ». Il Savigny comincia invece col proclamare che ogni diritto è anzitutto un attributo della persona (2). L'oggetto diretto ed immediato delle regole di diritto è l'uomo, prima nella sua esistenza generale, come soggetto di tutti i diritti, e poi in quanto, colla libera attività, può formare i rapporti giuridici o contribuire a formarli.

La ricerca preliminare a tale studio dei limiti delle leggi, non può essere dunque che quella della sottomissione della persona ad un diritto locale determinato. Secondo il diritto romano l'*origo* ed il *domicilium* erano i due legami giuridici della persona al territorio. L'*origo*, che si acquistava per nascita, per adozione, per manomissione e per ammissione, ed il *domicilium*, cioè il luogo dove un uomo risiede costantemente, e ch'esso ha liberamente scelto come centro dei proprii affari e dei proprii rapporti di diritto (3). La prima si diceva *patria* e quelli che possedevano il *jus originis* erano detti *municipes;* il secondo chiamavasi *domus* e quelli che ne avevano il *jus incolatus*

(1) Savigny, l. c., § 344.
(2) Savigny, l. c., § 346.
(3) L. 7, C. *De incolis*, X, 39; Savigny, l. c., § 350.

erano detti *incolae;* e l'una e l'altro determinavano per ogni individuo: 1° L'obbligo di contribuire ai carichi della città (*munera*); 2° L'ubbidienza verso i magistrati municipali e sopratutto la giurisdizione personale che vi si collega; 3° Il diritto speciale di una città che gli è applicabile come attributo della persona (1). Ora poteva avvenire che una persona avesse il diritto di cittadinanza (*origo*) ed il domicilio in città diverse. In tali casi il diritto locale che doveva reggerla era determinato dal diritto di cittadinanza (*origo*) e non dal domicilio. Infatti l'*origo* era in sè stessa un legame più stretto e superiore. Era il più antico, poichè risaliva all'epoca della nascita, mentre il domicilio non era se non che il risultamento di un atto posteriore di volontà libera che poteva essere arbitraria o capricciosa. Nè v'era un motivo di mutare il diritto territoriale, una volta stabilito sulla persona. Che se un individuo aveva il diritto di cittadinanza in parecchie città ad un tempo, in una per la nascita ed in altre per l'adozione o per l'ammissione, si dava la preferenza a quello più antico, cioè a quello determinato dalla nascita. Il domicilio non determinava il diritto personale degli individui, se non nel caso che questi non avessero in verun luogo diritto di cittadinanza.

Da tale esposizione della legge che regolava i diritti della persona nel diritto romano, parrebbe potersi supporre che il Savigny volesse trarre il conforto di una valida autorità al regolamento dello stato personale degli individui fatto dipendere dalla loro legge nazionale. Invece egli non se ne serve che a far completa un'antitesi esclusivamente di diritto positivo; e dopo avere, per ciò che riguarda l'antichità romana, riferito il *fatto* della prevalenza della nazionalità, riferisce ed accetta nei rispetti del diritto attuale il *fatto* diverso della prevalenza del domicilio. Egli non trova una condizione analoga a quella dei territorii romani se non che nella Svizzera, dove il diritto di borghesia in un comune determinato, che è nel tempo stesso una condizione necessaria per acquistare il diritto di borghesia cantonale, regola, a preferenza del domicilio, che potrebbe esistere altrove, i più importanti rapporti giuridici, come la capacità di diritto e la capacità di agire, il matrimonio, la patria potestà, la tutela, il diritto di testare e di succedere *ab intestato;* e dove, per molti di tali rapporti, come sarebbero, per esempio, le azioni per divorzio e quelle per petizione di eredità, il diritto di borghesia (*origo*) determina, a preferenza

(1) Savigny, l. c., §§ 350, 351.

del domicilio, non solo la legge locale applicabile, ma anche la giurisdizione.

181. — Ma tolto quell'esempio, il Savigny non ritrovava, come infatti non esistevano, nel diritto positivo contemporaneo e specialmente in quello della Germania, i principii del diritto romano relativi all'*origo* ed al *domicilium*. Nè al fondamento che quei diritti trovavano, nell'antica costituzione romana, in quella moltitudine di territorii distinti fra loro e pur tutti compresi nei limiti di uno stesso grande ente giuridico e politico, corrispondeva ai suoi tempi la condizione delle città della Germania, giuridicamente isolate nel seno di varii Stati. Dunque quell'autorità che prima spettava in via principale al diritto di città (*origo*) ed in via secondaria al *domicilium*, competeva alla metà del secolo XIX totalmente a quest'ultimo. Dal domicilio dipendeva la giurisdizione; da quello il diritto territoriale cui ciascuno deve intendersi specialmente sottomesso come al proprio diritto personale, sia che si tratti di collisioni fra diritti particolari in un solo Stato, sia che si tratti di quelle fra le leggi di più Stati sovrani. Se una persona ha più domicilii, il Savigny vuole preferito il più antico (1); se essa non ne ha alcuno, vuole applicata, secondo i casi, o la legge del domicilio che la persona aveva e che ha perduto, o quella del domicilio del padre al momento della nascita dell'individuo del cui domicilio si tratta. Se anche questo domicilio paterno non si conosce, vuol prevalente la legge della residenza attuale; e se trattasi infine di trovatelli, il diritto del luogo dove sono ricoverati o di quello dove sono mandati per compiere la loro educazione sia in uno stabilimento pubblico, sia affidandoli a privati.

Il Savigny dunque si accontenta di accettare, per ciò che riguarda la sottomissione delle persone all'impero di un diritto determinato, i dettami del diritto positivo attuale, ed, in omaggio a questo diritto, fa dipendere quella sottomissione dal fatto del domicilio. Prendendo le mosse da dati positivi, egli non poteva arrivare a conclusioni diverse; ma seppure avesse concepite su tale argomento delle aspirazioni più ardite, è probabile che non sarebbe arrivato col ragionamento ad una meta diversa, nè avrebbe preferito il criterio della nazionalità. I Tedeschi del suo tempo, divisi e suddivisi in tanti territorii giuridici soggetti a diverse leggi civili, erano d'altra parte divisi e suddivisi in molti territorii politici senza un vero legame fra

(1) Savigny, l. c., § 359.

loro, poichè il loro vincolo maggiore era quello doganale e, come disse il Rénan, uno *Zollverein* non può dirsi una patria. Ognuno può immaginare quanto difficile dovesse riuscire per chi viveva in una società così costituita, ed era fino ad un certo punto, come sono tutti gli uomini di legge, schiavo della tradizione, il pensare alla nazionalità moderna, più larga dell'*origo* romana, ma analoga a quella nell'indole e negli effetti, come a fondamento della legge personale. Quella non era società che potesse ispirare simili idee. Ed il Savigny d'altronde aveva un concetto così vago della nazionalità e dei suoi possibili effetti sui diritti dell'uomo, che, scambiando la differenza logica dei due termini *nazionale* ed *internazionale*, con una incompatibilità pratica, esciva in questa sentenza: « Benchè la demarcazione rigorosa delle nazionalità sia una delle tendenze dominanti della nostra epoca, tale tendenza non potrebbe manifestarsi qui, dove si tratta di fondere i contrasti nazionali in una comunione accettata da tutti ». Vedremo, nelle applicazioni della sua dottrina, quali conseguenze vi portasse questo predominio del domicilio sulla nazionalità, proclamato da lui per tema d'essere troppo esclusivo; e vedremo altresì più tardi come il Brocher, che pur non è punto seguace in modo assoluto della scuola italiana, riprendendo la storia dell'*origo* e del *domicilium* che il Savigny avea tracciata nei limiti del diritto romano, e continuando a seguirne lo svolgimento anche nei tempi a quello posteriori, riuscisse invece a fornire l'argomento della storia e della tradizione alla sottomissione dell'uomo alla legge nazionale.

182. — Riconosciuto così nella persona il centro di tutti i diritti, il Savigny non presume però di trarre dalla propria regola assoluta una serie di conseguenze che possano bastare a dirimere i conflitti sia fra le particolari leggi territoriali di uno stesso Stato, sia fra quelle di Stati diversi. La persona infatti è capace di estensioni artificiali; essa vuol dominare la materia ed, affrontando lo spazio determinato ed occupato dalle cose, o stringendo rapporti obbligatorii con persone soggette a leggi diverse dalle sue, si espone ad entrare nel dominio di un diritto straniero (1). La persona dunque che, astrattamente considerata, è sottomessa al diritto del proprio domicilio, ci si presenta poi sotto un punto di veduta del tutto nuovo, come centro di un vasto complesso di diritti acquisiti, e come soggetto di tali diritti, atto ad entrare nel dominio delle leggi più diverse.

(1) Savigny, l. c., §§ 347, 348, 367, 369.

Per ciascun rapporto di diritto il Savigny intraprende pertanto uno studio analogo a quello che avea fatto per la persona, ricercando singolarmente a quale luogo determinato e perciò a quale diritto speciale quei rapporti debbano intendersi collegati. Trovato un tale criterio, ciò deve bastare a risolvere così i conflitti fra le leggi di uno stesso Stato, come quelli che sorgono fra le leggi di Stati diversi. L'ambiente germanico di quel tempo prestavasi assai favorevolmente allo studio così dei conflitti della prima specie come di quelli della seconda. E tanto maggior interesse doveva sentire il Savigny anche per i conflitti fra le leggi locali d'un medesimo Stato, quanto meno egli credeva, rispetto a questi ultimi, alla possibilità di porvi termine mercè un'opportuna codificazione. Tutti ricordano infatti la controversia di lui col Thibaut che sosteneva la codificazione (1), mentre egli la combatteva (2). Ma mentre, per dirimere conflitti interni, era sempre competente l'ultima autorità del potere sovrano comune, quanto ai conflitti fra leggi di Stati indipendenti si presentava invece al Savigny un'ardua domanda preliminare. Quand'anche la dottrina avrà, con criterii filosofici e giuridici, dimostrato che un rapporto di diritto abbia una data sede, e che perciò debba essere retto dal diritto locale di quella sede, in nome di quale obbligo o di qual diritto si farà poi valere praticamente una tale regola fuori del territorio cui appartiene quella sede e quel diritto locale del rapporto giuridico? Prima di svolgere e di applicare ai varii ordini di rapporti i suoi singoli criterii dottrinali, era necessario che il Savigny esaminasse tale questione, dalla risoluzione della quale dipendeva tutto l'esito del sistema.

183. — Fino dalla prima enunciazione del criterio fondamentale del Savigny si capisce essere una necessaria conseguenza di quello, la seguente regola: che ogni Stato riconosca, quando la natura delle cose lo esiga, l'applicazione del diritto e delle leggi straniere. Ma per contrario apparisce che la massima estensione dell'indipendenza dello Stato al cospetto degli stranieri, debba giustificare il rifiuto opposto così all'esercizio della loro capacità giuridica, come al regolamento, secondo un diritto diverso dal nostro, dei loro vincoli di diritto. Se non che la coesistenza degli Stati ed i principii della giustizia che

(1) *Ueber die Nothwendigkeit des allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland.* Heidelberg 1814.
(2) *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.* Heidelberg 1814.

in parte informano tale coesistenza ed in parte ne derivano, inducono i popoli a rinunciare a quel principio di esclusione per adottare quello contrario; e tale principio contrario esige che ogni rapporto giuridico sia retto dalla legge indicata dalla natura delle cose.

Se questo concetto fosse adottato da tutti quanti gli Stati, quale ne sarebbe la conseguenza? La natura delle cose, che è il criterio adottato dal Savigny per determinare le leggi competenti a regolare i singoli rapporti di diritto, è un criterio di verità universale la quale per ogni rapporto giuridico non può dare se non che il risultamento di una sola e sempre identica risposta. Secondo quel criterio i tribunali di ciascun paese non solo sarebbero per tal guisa accessibili agli stranieri come ai nazionali, ma, dovendosi giudicare della legge da preferirsi per regolare un rapporto giuridico, la decisione risulterebbe sempre e dovunque la stessa, qualunque fosse ed a qualunque paese appartenesse il tribunale chiamato a giudicarne (1).

Il punto di veduta dal quale collocavasi dunque il Savigny a dominare il vasto campo che gli si apriva davanti, è altamente filosofico ed altamente umano. Da una parte persone, cose e rapporti collegati ad un territorio e alla legge d'uno Stato con criterii universali; dall'altra il mondo considerato tutto insieme come teatro del movimento giuridico di tutte le creature. Dalla combinazione di questi due concetti deriva un criterio di universale sicurezza e di assoluta stabilità per tutte le creazioni del diritto, così che un rapporto dipendente dalla legge di un paese non possa esser modificato dalla legge o dalla magistratura di un altro, come il negro africano non è mutato in bianco dal sole d'Europa. Tale fondamento dato alla scienza del diritto internazionale privato, dopo tante distinzioni arbitrarie ed esclusive, può dirsi il prodotto d'una concezione veramente elevata. In ciò consiste, secondo il Savigny, la *comunità di diritto* fra i varii popoli, che tanto maggiormente esisterà nella pratica, quanto più si andranno estendendo alla collisione fra i diritti di Stati diversi, i principii riconosciuti applicabili alla eliminazione dei conflitti fra leggi di un medesimo Stato.

184. — Per qual motivo una tale comunità di diritto in parte è già riconosciuta ed in parte maggiore sarà in avvenire riconosciuta dagli Stati? Essa può considerarsi come un accordo amichevole fra le sovranità, per comprendere delle leggi originariamente straniere,

(1) Savigny, l. c., § 348.

nel numero di quelle fonti cui i loro tribunali devono attingere i criterii necessarii a definire numerosi rapporti di diritto. Tale giustificazione parve a taluno troppo analoga al concetto della *comitas* (1) secondo Voet e secondo Huber, che era stato seguito pedissequamente dal Fœlix e dallo Story. Ma se pur non bastassero a distruggere questo giudizio sul principio direttivo del Savigny, i criterii esclusivamente giuridici che ne informano le applicazioni, sarebbero a ciò sufficienti le seguenti parole: « Non bisogna vedere in questo accordo l'effetto di una pura benevolenza e l'atto revocabile di una volontà arbitraria, ma piuttosto uno sviluppo proprio del diritto che segue nel suo corso lo stesso cammino seguìto dalle regole relative alla collisione dei diritti particolari di uno stesso Stato » (2). L'ufficio di *ultima ratio* che spetta all'autorità sovrana per eliminare queste ultime collisioni, compete all'idea della *comunità* per dirimere i conflitti fra le leggi di Stati indipendenti. La missione di tali Stati è quella appunto di sancire mediante convenzioni i dettami della comunità del diritto. Così il Savigny formula il voto di trattati internazionali sempre più frequenti e più numerosi, voto, che, già espresso con altri criterii, assai prima di lui, dal Voet (3), doveva formare dopo di lui e con criterii non del tutto identici ai suoi, la maggior aspirazione del Massé, del Laurent, del Beach Lawrence, del Brocher, del Fiore, dell'Esperson, del Pacifici-Mazzoni e di quanti altri dopo di loro con larghezza d'idee e sollecitudine per l'armonia delle società umane, hanno affaticata la mente nello studio di questi problemi.

Anzi il Savigny, in via d'ipotesi, non resta per ardire inferiore ad alcuno. « Se delle circostanze imprevedute (4), egli dice, non arresteranno tale sviluppo del diritto, v'è luogo a sperare ch'esso finirà per essere lo stesso per tutti i popoli. Un tale accordo potrebbe risultare dalle dottrine scientifiche cui si conformasse la pratica dei tribunali, o da una legge sulla collisione dei diritti locali adottata da tutte le nazioni. Non affermo già che quest'ultima soluzione sia verosimile, o ch'essa sia preferibile all'accordo puramente scientifico. Ma la nozione di una legge di tal fatta, può servirci quale termine di paragone per ciascuna regola che saremo per formulare circa tali collisioni, fornendoci, a proposito di ciascuna di queste regole, l'occasione

(1) Laurent, l. c., pag. 610.
(2) Savigny, l. c., § 348.
(3) G. Voet, l. c., §§ 1, 12, 17.
(4) Savigny, l. c., § 360.

di domandarci se meriterebbe di essere accolta in una legge comune a tutte le nazioni ».

Del sistema del Savigny, dall'applicazione del quale tali regole devono derivare, sono andato finora svolgendo tre elementi: 1° Nesso giuridico fra la persona e il domicilio; 2° Nesso giuridico fra i singoli rapporti di diritto ed una legge territoriale determinata dalla sede speciale di ciascun rapporto; 3° Accordo dei varii Stati nel riconoscimento reciproco di queste regole fondate sulla natura delle cose. Dall'azione di questi tre fattori risulterebbe che il giudice debba applicare il diritto locale del territorio cui appartiene il rapporto di diritto litigioso, senza distinguere se tale diritto sia quello del proprio paese o quello di uno Stato straniero.

Ma perchè gli Stati concedano la propria sanzione ad un complesso di regole che importano tanta conseguenza, bisogna che ciascuna di tali regole e gli effetti che possono derivarne, siano limitati di tanto da garantire i diritti e l'integrità dei singoli Stati, in quanto potessero essere lesi dall'applicazione d'una legge straniera. Da ciò il quarto fattore del sistema del Savigny che potrebbe definirsi così: « Limiti alla comunità di diritto ». Quando uno di questi limiti possa farsi valere, il giudice dovrà sempre applicare la propria legge nazionale anche se i criterii prima esposti esigessero l'applicazione del diritto straniero. Ciò dovrà avvenire: 1° Quando si tratti di leggi d'indole positiva che siano rigorosamente obbligatorie, e che, appunto perchè tali sono, non ammettano quella libertà di giudizio che prescinde, quanto alla scelta della norma di legge applicabile, dai limiti dei diversi Stati; 2° Quando trattasi di istituzioni di uno Stato, la esistenza delle quali non sia riconosciuta in un altro, ed a favore delle quali non si possa per conseguenza invocare in un altro Stato la protezione dei tribunali (1).

Ecco in quali ristretti confini un indirizzo più giusto di quello seguito da tanti altri, doveva limitare nella dottrina del Savigny gli effetti dello statuto reale. Nemmeno tale criterio dell'ordine pubblico assunse però, per opera del Savigny, la sua forma definitiva. Esso fu criticato, e con non poche obbiezioni di metodo, dal Thöl (2) fino al Brocher, per opera di coloro che lo vorrebbero considerato non come limite e complemento della dottrina, ma come prima ricerca da farsi

(1) Savigny, l. c., § 349.
(2) Mohl, l. c., pag. 441, ecc.

alla sua base. E tale infatti è il limite d'ordine pubblico nella dottrina del Wächter. Presso altri scrittori più recenti lo stesso limite, quale il Savigny l'avea formulato, doveva trovare obbiezioni ancora più essenziali, sia quanto all'effetto positivo e negativo del suo primo elemento, sia quanto alla enunciazione troppo vaga del secondo.

185. — Stabilita in tal guisa e determinata nei suoi varii elementi la comunità di diritto, il Savigny procedeva a farne le singole applicazioni, sviluppando così il secondo degli elementi da lui enumerati, cioè: « Nesso giuridico fra i singoli rapporti di diritto ed una legge territoriale determinata dalla sede speciale del rapporto stesso ». Tutto infatti deve dipendere dall'applicazione positiva e concreta di questo concetto generale col quale finora non si è fatto in realtà che accennare al criterio ed al metodo della ricerca. Ora essendo la persona il centro dei diritti, le varie specie di tali diritti saranno determinate dalle varie specie di attività della persona. Questa si trova, o direttamente o mercè l'intervento di altre persone, in rapporto coi beni; nel primo caso si hanno i diritti reali, e nel secondo le obbligazioni; chè se si considerano i beni, per effetto d'una finzione, come un tutto, secondo l'idea astratta di un contenuto determinato, allora si ha il diritto di successione. Da taluni rapporti permanenti di più individui fra loro, sorge poi il diritto di famiglia, puro od applicato, a seconda che si presenta come forma stabile della convivenza delle persone o nei riguardi dell'influenza che esercita sui beni. Sotto entrambi questi aspetti, il diritto di famiglia ci si manifesta in tre specie di rapporti: nel matrimonio, nella patria potestà e nella tutela. Così nella considerazione delle varie attività giuridiche delle persone, il Savigny determina i varii ordini di rapporti cui debba essere applicata la sua dottrina.

1° Diritto della Persona. — Dopo avere riaffermato che lo stato e la capacità della persona sono determinati dal diritto locale cui essa è soggetta pel fatto del proprio domicilio (1), il Savigny respinge la distinzione fra le qualificazioni giuridiche da regolarsi secondo la legge del domicilio, ed i loro effetti di diritto da regolarsi secondo la legge territoriale, distinzione che, sôrta qua e là nella dottrina degli statutari, era ai suoi tempi riprodotta e sostenuta con molto calore da non pochi giuristi fra i più stimati. Egli espone dunque come una regola cardinale del proprio sistema che: « quando trattasi di capacità

(1) Savigny, l. c., §§ 362-365.

personale, ognuno deve essere giudicato secondo il diritto del proprio domicilio, qualunque sia il tribunale chiamato a pronunciare e qualunque sia l'oggetto del litigio; e ciò deve valere così per ogni qualificazione personale, come per i suoi effetti giuridici ». Questa regola dovrà essere limitata nei casi speciali dall'osservanza di quel temperamento generale di ordine pubblico che il Savigny ha concretato prima come limite alla comunità del diritto. Perciò:

A. « Quando una legge concernente lo stato delle persone sia una di quelle leggi assolute che sono escluse dalla comunità del diritto, non dovrà più applicarsi il diritto locale dell'individuo, ma bensì il diritto territoriale del paese cui il giudice appartiene ». Così per la poligamia, per le incapacità degli eretici, per le incapacità di possedere in causa della religione professata, per la morte civile del diritto francese e del diritto russo, e per l'incapacità giuridica del negro schiavo che si trovi in paese dove non sia ammessa la schiavitù.

B. « Quando istituzioni eccezionali e privilegiate, modifichino in un paese certe capacità speciali, ma non entrino per la loro essenza nel criterio della capacità, i giudici di altri paesi non potranno tenerne conto ».

Siccome poi il domicilio non è per la propria natura immutabile, così secondo il Savigny, è mutabile lo stato della persona; con questa sola limitazione: che « quando un minore abbia, nel luogo del proprio domicilio, raggiunta l'età maggiore, all'indipendenza che ne risulta si riconoscono tutti i caratteri di un diritto acquisito che non potrebbe essergli tolto poi per la circostanza accidentale del successivo mutamento di domicilio ».

186. — 2° Diritti sulle Cose. — L'antico diritto germanico fa in principio, fra la proprietà degli immobili e quella dei mobili, una distinzione rigorosa, per effetto della quale gli uni debbono seguire la *lex rei sitae*, gli altri la legge personale del proprietario. Al tempo del Savigny gli autori inglesi e francesi volevano mantenuta in tutto il suo rigore una tale distinzione (1). I tedeschi invece vi erano contrarii ed in ciò romanisti e germanisti andavano d'accordo. Il Wächter (2) per esempio la voleva del tutto eliminata ed in questo senso aveva statuito il Codice bavarese. Il Savigny adottò fino alle sue ultime conseguenze quest'ordine d'idee. Egli si ribella in ciò

(1) W. Beach Lawrence, *Commentaire sur les Éléments de droit international de Henry Wheaton*, vol. III, pag. 69, 70.

(2) L. c., §§ 25, 2 e 27.

totalmente alla tradizione. Perchè dovremmo, egli dice, essere schiavi dei così detti veri principii? « Lo scopo delle nostre regole deve essere quello di assicurare un'eguale protezione a tutti gli interessi legittimi, e non dobbiamo dimenticare che le regole sono fatte per le persone e non le persone per le regole ». La distinzione fra mobili ed immobili deve dunque abbandonarsi, ed un solo diritto locale deve applicarsi tanto agli uni quanto agli altri.

Perciò dovrà giudicarsi secondo la *lex rei sitae:*

a) « Se una cosa possa essere oggetto di proprietà privata, e, per conseguenza, se non sia di quelle « quarum commercium non est » (1).

b) « Quale debba essere la forma dell'alienazione ».

187. — 3° Diritto delle Obbligazioni. — Le obbligazioni, nella stessa guisa che i diritti reali, fanno uscire l'individuo dall'orbita della propria personalità astratta e lo fanno entrare nel dominio della legge locale che regola un rapporto di diritto. La questione che presentasi qui, si riduce dunque a sapere quale sia la vera sede dell'obbligazione, il luogo cioè dov'essa è fissata nello *spazio;* poichè, una volta determinata questa sede, si saprà anche quale sia la giurisdizione speciale chiamata a giudicarne e quale il diritto locale che deve reggerla (2).

Nella determinazione della sede dell'obbligazione, il Savigny si lascia guidare da un altro concetto che è essenzialissimo nella di lui dottrina. L'influenza preponderante in tali rapporti spetta alla volontà libera delle persone interessate che si sottomettono spontaneamente all'impero di un diritto determinato. Tale sottomissione volontaria che apparisce come *unilaterale* quando trattasi dell'acquisto della proprietà o d'altri diritti reali, apparisce invece, nel caso di obbligazioni contrattuali, come risultante da più volontà.

Nel caso delle obbligazioni però, la sottomissione volontaria non è, nel maggior numero dei casi, espressa formalmente, ma risulta dalle circostanze e potrebbe essere esclusa da un'espressa dichiarazione contraria. Sono dunque le circostanze, in mezzo alle quali sorge una obbligazione, che possono determinare in taluno una pretesa concreta e fondata. Ora questa pretesa non deve essere impedita nei suoi legittimi effetti; e tale massima è presa per guida dal Savigny

(1) Savigny, l. c., §§ 366 e 368.
(2) Savigny, l. c., §§ 360 e 369-372.

nel considerare la giurisdizione ed il diritto locale delle obbligazioni. Ad un concetto analogo s'era informato il Dumoulin nell'esaminare lo statuto delle convenzioni e sopratutto quello della comunione dei beni e delle altre convenzioni matrimoniali (1). Vedremo più tardi come il Brocher trovi soverchia quell'autonomia degli individui ed in qual maniera cerchi di temperarla.

Il Savigny prende tale concetto a fondamento di una triplice ricerca:

1° Dov'è la sede di un'obbligazione?

2° Dov'è la sua speciale giurisdizione?

3° Qual è il suo diritto locale?

Siccome la sede coincide colla giurisdizione, così la prima ricerca si combina colla seconda. Ora « la giurisdizione è determinata dalla sottomissione libera delle parti, sottomissione che risulta, nel maggior numero dei casi, da una dichiarazione di volontà non espressa ma tacita ». Bisogna dunque ricercare su quale luogo le parti abbiano diretta la propria volontà; e siccome l'obbligazione in sè stessa è una cosa incorporale che non occupa un posto determinato nello spazio, così farà d'uopo indagare nel suo sviluppo naturale talune apparenze visibili alle quali poter collegare l'idea dell'esistenza invisibile dell'obbligazione, così da attribuirle una veste materiale. Ora nelle obbligazioni si riscontrano due apparenze sensibili che possono servire di guida; esse infatti risultano da fatti visibili, e si manifestano con fatti visibili; e così gli uni come gli altri vengono necessariamente compiuti in un luogo determinato. In tal guisa per determinare la sede dell'obbligazione e la giurisdizione speciale chiamata a conoscerne, si presenta l'opportunità di una scelta fra il luogo dove l'obbligazione ha la propria origine e quello dov'essa si adempie; fra il suo principio e la sua fine.

E qui, considerato che il primo è un fatto accidentale, fuggitivo ed estraneo così all'essenza dell'obbligazione come al suo sviluppo ed alla sua efficacia ulteriore, mentre il secondo appartiene veramente alla sua essenza, il Savigny si pronunzia tosto in favore di questo secondo criterio.

Qual'è infatti la cosa che è resa certa e necessaria dal vincolo giuridico? Senza dubbio l'adempimento dell'obbligazione. « Sta dunque nella natura delle cose che il luogo dell'adempimento del-

(1) V. vol. I, pag. 436 e nª 2.

l'obbligazione sia riguardato anche come la sua sede e in questo luogo si trovi la sua giurisdizione speciale come determinata dalla libera sottomissione delle parti ».

L'applicazione di questa regola generale ai varii casi particolari, induce il Savigny a formulare le seguenti regole:

La sede dell'obbligazione e la sua giurisdizione speciale saranno:

a) Nel luogo dove l'obbligazione deve adempiersi secondo la volontà delle parti, sia che tale volontà risulti da una dichiarazione espressa, sia che risulti dalla natura degli atti che accompagnano l'obbligazione e non permettono ch'essa si compia altrove.

b) Nella *mancanza* d'un luogo fissato per l'esecuzione, la giurisdizione può sussidiariamente risultare dal fatto che il vincolo giuridico nasca in un luogo dove il debitore abbia la sede dei proprii affari.

c) La giurisdizione può altresì essere determinata dal luogo dove l'obbligazione prende nascimento, quando questo luogo coincide col domicilio del debitore.

d) Indipendentemente dal domicilio del debitore, il luogo dove l'obbligazione nasce ne determina la giurisdizione quando risulti dalle circostanze che questo sia anche il luogo dove le parti hanno preveduto che l'obbligazione dovesse avere il suo adempimento.

e) Nella mancanza di tutte le condizioni precedenti, la sede dell'obbligazione è al domicilio del debitore.

Tutti questi cinque casi si possono ricondurre ad un principio comune: nell'uno come nell'altro è in realtà il luogo dell'adempimento quello che determina la giurisdizione speciale, sia ch'esso venga fissato dalla volontà espressa, sia dalla volontà tacita delle parti (1).

Applicando in altro capitolo tale concetto alla *prescrizione*, il Savigny sostiene che il tempo ne deve essere determinato dal diritto locale dell'obbligazione (2). I concetti suesposti ci persuadono che questo diritto locale dell'obbligazione coincide piuttosto nel pensiero del Savigny con quello del luogo di esecuzione, che non con quello del luogo di origine dell'obbligazione stessa, e che perciò laddove il Lehr critica il Savigny perchè fa dipendere il tempo della prescrizione dal diritto locale dell'obbligazione cioè *dal luogo della sua origine*, egli non abbia interpretato rettamente il pensiero del grande

(1) Savigny, l. c., §§ 372-374.

(2) Savigny, l. c., § 374; Lehr, *De la prescript. est. en droit int. privé* (*Revue de droit int. et de lég. comp.*, t. XIII, 1881, pag. 516, 519).

giureconsulto, il quale preferirebbe appunto la legge del luogo di *esecuzione*, combinando in ciò coll'opinione sostenuta dallo stesso Lehr.

Alla base di tutte le regole suesposte si trova, secondo il Savigny, la sottomissione volontaria, od espressa o tacita, delle parti. Nell'esporre la dottrina del Brocher, vedremo come e perchè egli non ammetta la volontà tacita e come nel silenzio delle parti cerchi, indipendentemente dal congetturare la loro volontà, ed in modo esclusivo nella legge, la sede del loro rapporto giuridico. Il Savigny invece prescinde dalla libera sottomissione delle parti solo nel determinare la giurisdizione per le obbligazioni derivanti da delitto; la quale egli riconosce dipendere da una sommissione forzata, conseguenza immediata di quella violazione del diritto della quale il delinquente si è reso colpevole (1).

Quella stessa sommissione volontaria, esplicita o presunta, che determina la sede dell'obbligazione e la sua giurisdizione, determina, secondo il Savigny, anche il diritto locale applicabile (2). Egli ripete dunque, per la determinazione di quel diritto, le cinque regole formulate circa la giurisdizione. Anzi le regole suesposte imperano in questo caso in modo ancora più assoluto. Infatti accanto alla giurisdizione speciale dell'obbligazione sussiste sempre la giurisdizione generale del domicilio, e l'attore può scegliere l'una o l'altra. Al contrario, il diritto locale che deve applicarsi non può essere in tale guisa abbandonato alternativamente alla scelta d'una sola fra le parti, ma deve essere sempre ed esclusivamente determinato, secondo i differenti casi, o dal luogo fissato per l'esecuzione, o da quello dell'origine dell'obbligazione, o da quello del domicilio del debitore, secondo le cinque regole enunciate a proposito della giurisdizione.

L'applicazione di questo diritto locale dà poi luogo, sia in omaggio ai principii fondamentali già sviluppati, sia per altre considerazioni, alle seguenti regole sussidiarie:

a) Esso cesserà di essere applicabile ogni qualvolta si trovi in contraddizione con una legge rigorosamente obbligatoria del territorio dove siede il magistrato che debba giudicarne, perchè le leggi di questa specie non consentono alcuna influenza alla volontà libera delle parti.

b) Esso cesserà altresì d'essere applicabile se la presunzione

(1) Savigny, l. c., § 374.
(2) Savigny, l. c., § 374.

di sommissione volontaria sia distrutta da un'espressa dichiarazione contraria.

c) Se, pur restando indubitata la volontà delle parti di obbligarsi, il contratto si trovasse sottoposto, secondo le cinque regole suesposte, ad un diritto locale che lo dichiarasse nullo e fosse per esempio quello del luogo di esecuzione, mentre lo stesso contratto sarebbe valido secondo la legge del domicilio delle parti, sarebbe logico il non ammettere che le parti abbiano voluto sottomettersi ad un diritto locale così direttamente in contraddizione coi loro intendimenti, e perciò dovrebbe ritenersi applicabile il secondo diritto locale invece del primo. Può avvenire però, come lo dimostra l'esempio della legge di cambio germanica, che un'applicazione non troppo temperata di questa regola, turbi appunto quell'armonia che il Savigny si affaticava tanto a stabilire (1).

d) L'interpretazione, intesa nel senso limitato di chiarire i dubbii che possono sorgere dalle espressioni ambigue del contratto, deve limitarsi a ricercare la vera intenzione delle parti secondo le regole generali proprie dell'interpretazione dei contratti.

e) Il giudice deve obbedire in modo positivo e negativo alle leggi rigorosamente obbligatorie del proprio paese; egli dovrà cioè applicare sempre tali leggi anche quando non corrispondano a quelle vigenti alla sede dell'obbligazione; e, quando invece una legge di quella specie fosse in vigore alla sede dell'obbligazione, egli non dovrà applicarla se non è identica a quella anche la legge del suo paese. Avrò occasione, specialmente nell'analizzare la dottrina del Brocher, di esaminare diffusamente i dubbii sollevati circa l'applicazione negativa di quest'ultima regola e le sue conseguenze rispetto all'usura, al contrabbando ed ai debiti di giuoco.

f) Gli effetti di un'obbligazione e la loro estensione, si regolano secondo il diritto del luogo dov'è la sede dell'obbligazione in generale.

188. — 4° Diritto di Successione. — Qual è, soggettivamente parlando, il carattere del diritto di successione? Tale diritto corrisponde ad un'estensione riconosciuta all'efficacia della volontà umana al di là del termine della vita. E questa volontà, che continua ad agire, è talora espressa e talora tacita; nel primo caso si ha la successione testamentaria; nel secondo la successione intestata. Deriva dunque dalla natura delle cose la regola che « in generale il diritto

(1) Savigny, l. c., § 372.

di successione deve regolarsi secondo il diritto locale del domicilio che aveva il defunto al momento della sua morte ».

Mercè delle leggi relative alle successioni, lo Stato non ha per fine principale di regolare la sorte degli *oggetti*, che sono i beni, ma bensì quella dei *soggetti*, che sono le persone; sicchè quelle leggi sono fatte per coloro che appartengono allo Stato (abitanti) e non si riferiscono alla successione dei beni appartenenti agli stranieri. Per usare la vecchia terminologia, le leggi relative alle successioni devono considerarsi dunque come statuti personali (1).

Qui però, passando dal diritto locale alla giurisdizione, il Savigny non poteva mantenere fra l'una e l'altra quell'intimo legale del quale finora aveva dimostrata l'esistenza. Per tale dimostrazione egli non trovava, quanto ai rapporti successorii, argomenti nè nel diritto romano, nè nel diritto vigente.

Collegando poi il principio ora stabilito con quelli formulati precedentemente, egli arrivava alla conclusione dei seguenti corollarii:

a) Siccome la capacità personale del testatore è richiesta a due epoche diverse (2), a quella della redazione del testamento ed a quella della morte, quella capacità è altresì richiesta in due località differenti, nel caso che sia intervenuto un mutamento di domicilio. Se dunque tale capacità manca al testatore secondo la legge del domicilio dove ha fatto il suo testamento, questo resta senza valore anche dopo avvenuto un mutamento di domicilio; ed il testamento resta egualmente senza valore se quella capacità mancava al testatore secondo la legge del domicilio all'epoca della sua morte.

La capacità del testatore, relativamente alle condizioni fisiche (3), si regola invece secondo la legge del domicilio all'epoca della redazione del testamento senza riguardo agli ulteriori suoi mutamenti.

b) Il contenuto del testamento si giudica secondo la legge in vigore all'ultimo domicilio del testatore.

c) La capacità personale degli eredi si regola non secondo la legge del domicilio del defunto, ma secondo quella del domicilio loro all'epoca della morte del *de cujus*.

d) Siccome il diritto di raccogliere una successione vacante deve considerarsi come complemento del diritto di successione, così quel

(1) Waechter, l. c., §§ 25 e 26 (*Archiv* cit., vol. XXV, fasc. 2°, pag. 198, 199 e 363).

(2) Savigny, § 377.

(3) Savigny, l. c., § 377.

diritto deve determinarsi secondo la legge del domicilio del defunto, senza riguardo alla situazione dei beni, anche immobili, che possono trovarsi in altri Stati. Perciò quella successione dovrà essere raccolta dal fisco del domicilio. Nel processo di questo studio avremo occasione di rilevare, anche a proposito della successione, quanto insufficiente sia il criterio del domicilio come base dei diritti della persona.

189. — 5° Diritto della Famiglia. — Due particolarità si riscontrano nel diritto di famiglia. Anzitutto trattasi più esclusivamente di rapporti da persona a persona, e questi sono distinti dagli altri rapporti personali per il loro carattere permanente. Tale carattere sociale fa della famiglia e sopratutto della figliazione, il vero ultimo nucleo indivisibile delle società umane. Il luogo di nascita infatti può abbandonarsi, la cittadinanza può mutarsi, ma il vincolo famigliare forma parte della essenza stessa della persona; vive e muore con questa. Non volendo adoperare per un legame così santo, la similitudine del Burgundus, che paragonava lo stato personale alla piaga accompagnante dovunque il corpo che ne è afflitto, si potrebbe dire piuttosto dello stato famigliare che è come l'ombra del corpo od il profumo del fiore. Da tale natura peculiare dei legami di famiglia deriva la seconda particolarità che li distingue dagli altri. Hanno grande influenza su quelli le considerazioni politiche, morali e religiose; ed a quelli si riferiscono pertanto molte leggi positive aventi un carattere rigorosamente obbligatorio. Delle conseguenze di tale condizione peculiare il Savigny tien conto nelle regole seguenti:

A. Matrimonio. — *a*) La vera sede del vincolo coniugale è al domicilio del marito, essendo quest'ultimo sempre riconosciuto come il capo della famiglia, in qualunque luogo il matrimonio sia stato celebrato.

b) Gli impedimenti al matrimonio, stabiliti dalla legge del domicilio del marito, sussistono assolutamente, come elementi dello stato personale di lui, qualunque possa essere la legge del domicilio della sposa o quella del luogo di celebrazione del matrimonio.

c) Il regime dei beni nel matrimonio si regola secondo la legge del domicilio del marito e non secondo la legge del luogo di celebrazione del matrimonio; e la legge del primo domicilio deve valere per tutta la durata del vincolo matrimoniale, a meno che non ne paralizzi nel nuovo gli effetti una legge contraria di carattere rigorosamente obbligatorio.

d) Le leggi che limitano le liberalità d'un coniuge verso l'altro devono valere o non valere, non già in base al diritto del primo

domicilio, ma in base al diritto del domicilio esistente quando avviene la liberalità; poichè essendo quelle leggi di indole esclusivamente morale, sono rigorosamente obbligatorie e perciò non possono avere efficacia estraterritoriale (1).

e) La legge che ammette o vieta il divorzio è ispirata da concetti essenzialmente morali nella legislazione di ciascun paese; perciò il magistrato, chiamato a giudicare circa un divorzio, deve osservare le leggi del proprio paese, senza riguardo alle leggi di altri paesi pur competenti a regolare i rapporti giuridici dei coniugi. Ma la giurisdizione sola che sia competente a conoscere del divorzio, è quella del domicilio attuale del marito, e perciò la sola legge di questo potrà ammetterlo o respingerlo.

B. Patria potestà. — *a*) La patria potestà, costituita dalla nascita di un figlio durante il matrimonio, e le contestazioni cui può dar luogo la patria potestà (2), si giudicano secondo le leggi del territorio dove il padre era domiciliato al momento della nascita del figlio.

b) I rapporti economici fra il padre ed i figli si giudicano invece secondo la legge del domicilio attuale del padre; mutando tale domicilio, possono dunque mutare anche quei rapporti.

c) La legittimazione per susseguente matrimonio si regola secondo la legge del domicilio del padre al tempo della celebrazione del matrimonio, e l'epoca della nascita è del tutto indifferente.

C. Tutela. — *a*) In via generale è il diritto locale del domicilio dell'impubere (3), che coincide ordinariamente coll'ultimo domicilio del padre defunto, quello che determina la costituzione della tutela, la quale dovrebbe aver efficacia anche quanto ai beni del minore situati in altri territorii.

b) Però, quando gli immobili del minore siano situati nei limiti di un'altra giurisdizione od in paese straniero, può avvenire che si costituisca una tutela speciale per questa parte di beni, in modo che lo stesso minore abbia parecchi tutori in diverse località.

c) L'amministrazione della tutela deve regolarsi secondo la legge del tribunale nella giurisdizione del quale la tutela ebbe nascimento e si esercita. Ciò deve valere anche pel caso che fra gli immobili del pupillo, amministrati dalla tutela generale, ve ne fossero alcuni situati all'estero; poichè in argomento di tutela il legislatore

(1) Savigny, l. c., § 379.
(2) Savigny, l. c., § 380, B.
(3) Savigny, l. c., § 380, C.

dispone principalmente per i minori posti sotto la sua protezione e non per gli immobili situati nel suo territorio.

d) La legge in vigore al domicilio del tutore è la sola che possa determinare l'obbligazione di accettare la tutela e le cause che possono dispensare dall'accettarla.

e) Alle obbligazioni contratte dal tutore nell'amministrazione della tutela si devono applicare i principii già esposti circa la giurisdizione e il diritto locale delle obbligazioni.

190. — *Forma degli atti giuridici.* — Di questa il Savigny si occupa al termine della sua trattazione, perchè le regole alle quali si arrivi rispetto alla forma sono applicabili ai più numerosi ed ai più importanti fra gli atti giuridici prima considerati. Se noi esaminiamo la questione, egli dice, dal punto di vista generale donde siamo partiti nelle antecedenti ricerche, non possiamo esitare a sottoporre la forma a quello stesso diritto territoriale cui è soggetto l'atto giuridico stesso della cui forma si tratta. Ma può accadere che nel luogo dove l'atto è compiuto sia difficile od impossibile seguire le forme prescritte dalla legge cui l'atto stesso è soggetto. In tali casi, atti giuridici importantissimi riuscirebbero impossibili, oppure correrebbero il rischio di invalidità derivante da imperfetta esecuzione; e ciò in conseguenza di forme che il diritto positivo non ha imposte certamente collo scopo di impedire o di rendere più difficile l'ordinario procedimento dei rapporti civili.

Per ovviare a tale inconveniente si è venuta, per consenso universale, stabilendo la regola *locus regit actum*, la quale però non è di uso universale in tutti i rapporti, nè, in tutti quelli cui si applica, è di uso del pari importante e frequente.

1. Tale regola non può esercitare veruna influenza sullo stato della persona. Un minore non potrebbe acquistare la perfetta capacità, nè un infame essere riabilitato, all'estero, dalla suprema autorità territoriale, per effetto della regola *locus regit actum*. La forma in tal caso è accessoria, mentre elemento principale è la volontà di quello Stato cui la parte interessata è soggetta.

2. Lo stesso può dirsi degli atti giuridici relativi al diritto delle cose considerate in sè stesse, alla tradizione, alla cessione giudiziaria, alla costituzione di un'ipoteca e simili. E ciò perchè nei diritti reali non è determinante la volontà per sè, ma tutto dipende dal rapporto in cui la persona si trova colla cosa che è oggetto d'un diritto reale. E pertanto nel territorio dove la cosa è situata, la disposizione della

cosa stessa non sarà perfetta se non nelle forme locali; il che importa o la necessità di seguire quelle forme anche disponendone in altro territorio, o la necessità di disporne nel territorio della situazione, o almeno di completarvi la disposizione della cosa stessa nelle forme specifiche locali.

3. La massima applicazione della regola *locus regit actum* è fatta alle obbligazioni e specialmente a quelle derivanti da contratto, ed alla redazione dei testamenti.

4. Qualche dubbio sussiste circa le forme del matrimonio, rispetto alle quali pare al Savigny che gli abitanti di un paese la cui legge connetta il matrimonio colle cerimonie ecclesiastiche non possano, maritandosi all'estero nelle sole forme civili, invocare quella regola in patria a difesa della validità del proprio matrimonio contratto altrove; e ciò perchè la legge patria, ispirata da motivi di religione e di moralità, ha per i sudditi un carattere coercitivo. Invece, al pari del Wächter, egli non deduce dalla *fraus legis* veruna causa di invalidità formale di un atto che debba del resto considerarsi perfetto quanto alla forma.

Alla regola stessa poi egli riconosce un carattere facoltativo più pienamente ancora del Wächter nel senso che, quando trattasi di atti unilaterali o di atti bilaterali fra persone appartenenti al medesimo domicilio, le parti possano seguire anche in altro domicilio le forme della propria legge, o comunque quelle del luogo al quale l'atto giuridico di cui si tratta propriamente appartenga. Nel definire la regola *locus regit actum* egli va poi del tutto d'accordo col Wächter (1), descrivendola come « una norma universale di diritto consuetudinario, che è derivata spontaneamente da un bisogno riconosciuto, ed è stata poi sviluppata dai giureconsulti ».

191. — Chi consideri nel suo complesso la dottrina del Savigny che finora sono venuto esponendo, deve encomiarvi anzitutto la novità dell'indirizzo e un concetto largo e comprensivo dei rapporti privati internazionali. Col criterio della comunità di diritto da lui formulato, egli dà alla propria dottrina una base giuridica e nuova; ravvisa nella persona il centro di tutti i diritti e di tutti i rapporti giuridici: fa dipendere lo stato giuridico della persona considerata in sè stessa dalla legge del domicilio, e la condizione giuridica delle cose mobili od immobili considerate individualmente dal diritto vigente nel territorio della situazione rispettiva; ricerca per le obbligazioni una sede

(1) V. pag. 75-78.

giuridica dalla quale dipenda la loro giurisdizione ed il loro diritto locale, e la trova nel luogo di esecuzione indicato dalla volontaria sommissione, espressa o tacita, delle parti; considera i beni della successione come un tutto dipendente in generale dalla legge vigente nell'ultimo domicilio del defunto; riconosce nei rapporti di famiglia un ordine di fatti speciali, retti in gran parte dalla legge vigente nel domicilio del capo della famiglia, ma con modificazioni, non scarse nè di poco conto, arrecate qua e là dalle leggi territoriali di ordine pubblico; sottopone infine la forma esterna degli atti alla legge del luogo dove gli atti stessi abbiano origine.

Dall'esame di questa dottrina risulta evidente come il Mohl non ne abbia fatto (1) giusto giudizio. Egli distingue infatti le dottrine a lui contemporanee di diritto internazionale privato, in due categorie: quella dei giuristi che rinunciano alla esposizione di intime norme generali, sotto le quali si possano disciplinare tutte le singole questioni; e quella di coloro che ricercano ed espongono tali norme fondamentali; ed agli scrittori della prima categoria ascrive il Savigny. Ora ciò non corrisponde alla realtà; perchè è vero che il Savigny non riproduce nè la tripartizione degli statuti, nè alcun'altra di quelle regole imperative riferite e criticate nella prima parte di questo capitolo; ma egli pure espone la dottrina della comunità del diritto, e della ricerca del *Rechtsgebiet* cui appartengano per sè i singoli diritti e rapporti giuridici; e tale dottrina espone appunto come una norma generale sotto la quale tutte le singole questioni debbano essere disciplinate. E se a quella categoria cui il Mohl lo voleva ascrivere, dovesse veramente essere ascritto il Savigny, a più forte ragione dovrebbe collocarvisi il Wächter che il Mohl invece collocava nella seconda categoria e del quale attribuiva al Savigny (2) la prima delle regole fondamentali.

Sarebbe impossibile, e del resto mancherebbe di uno scopo ragionevole, un parallelismo che si volesse istituire fra quei due giuristi le cui divergenze appariscono dall'esame particolare delle dottrine rispettive. Queste però, esaminate da vicino, non sono poi fra loro così diverse come apparirebbe da un esame superficiale; anzi vanno d'accordo in taluni punti fondamentali. Il Savigny sviluppa da prima il concetto della comunità di diritto che importa, per ciascun rapporto giuridico, l'applicazione della legge più competente, a qualunque Stato tale legge appartenga; e poi determina i limiti della comunità di

(1) Mohl, op. cit., vol. I, pag. 444, 445.
(2) Mohl, vol. cit., pag. 444.

diritto rappresentati dalle leggi che per la materia della quale dispongono sono assolutamente territoriali e da quelle che interessano l'ordine pubblico. Il Wächter invece da prima riconosce l'obbligo che ha il giudice di applicare, a preferenza d'ogni altra, la legge del proprio paese; ma poi sviluppa quelle ragioni obbiettive e quei motivi di equità e di utilità generale, che devono razionalmente indurre, e in realtà inducono, i singoli legislatori ad imporre o consentire ai giudici a loro sottoposti, di applicare in certi casi, a preferenza della legge nazionale, una legge straniera. Il Wächter fa precedere l'elemento esteriore; il Savigny l'elemento interiore, nello sviluppo delle dottrine rispettive; ma muovendo da due punti diversi di partenza, entrambi arrivano in molti casi ad un punto comune d'incontro; poichè in realtà, presentati in ordine gerarchico diverso, i loro elementi di decisione sono spesso analoghi, ed analoghi ne devono essere i risultamenti.

Il Wächter nega la derivazione di certe regole di diritto internazionale privato dal diritto romano; il Savigny è di diverso avviso. Ma tale divergenza si spiega; perchè il Wächter ricorreva alle fonti, mentre il Savigny teneva conto di tutto lo sviluppo posteriore del diritto romano. E la loro divergenza può spiegarsi in parte anche col concetto della comunità di diritto. Questa concezione del Savigny importava che i varii Stati indipendenti fossero considerati, gli uni rispetto agli altri, quanto all'applicazione delle leggi civili, come parti della stessa famiglia di Stati; parti vincolate, l'una all'altra, dalla partecipazione alla stessa vita giuridica e della soggezione alle stesse necessità di esistenza comune. Ora questa loro coesistenza può, sotto il rispetto dell'applicazione della legge nello spazio, assimilare i singoli Stati alle varie parti d'un medesimo impero; e pertanto le regole romane circa l'applicazione delle leggi nei rapporti fra le varie provincie, vi trovano in quell'analogia una giustificazione di continuità, che non si sarebbe potuta invocare così direttamente in loro favore secondo la dottrina del Wächter.

Prescindendo da queste radicali differenze nei fondamenti, non mancano poi fra le due dottrine notevoli analogie nei risultati. Non deriva fra l'una e l'altra una differenza essenziale da ciò che l'elemento territoriale, l'applicazione cioè assoluta della legge del giudice, sia affermato dall'una fra i primi fondamenti come regola e dall'altra fra i limiti come eccezione. L'essenziale sta nella misura di estraterritorialità della legge che per diversa guisa ne risulta nell'una e nel-

l'altra dottrina, nella misura cioè di applicabilità in un paese delle leggi civili di un altro. E tale misura di estraterritorialità non è certo in entrambe le dottrine identica; ma non è poi così assolutamente diversa, come dalla semplice citazione delle due regole fondamentali del Wächter, poste accanto alla dottrina del Savigny, potrebbe apparire.

Il Savigny è più preciso del Waechter nel definire la territorialità delle leggi relative alle cose considerate singolarmente in sè stesse (1), e nell'evitare ogni confusione fra origine e domicilio quando tratta dello stato e della capacità della persona. È più comprensivo, più sistematico e, potrebbe anche dirsi, più geniale nel ridurre le ragioni d'applicabilità delle leggi straniere al concetto della comunità di diritto, anzichè farle dipendere dall'indagine e dal commento della volontà presunta dei singoli legislatori. Ma egli pure, al pari del Wächter, riconosce che tale comunità di diritto, nella sua effettuazione, non può dipendere se non che dall'accordo delle volontà dei singoli Stati nei cui territorii se ne dovrebbero riconoscere gli effetti. Sicchè anche il sistema di lui, come quello del Wächter, si riduce in sostanza a riconoscere l'assoluta sovranità dei singoli Stati nel diritto pratico, ed a formular le ragioni e le necessità di diritto astratto che devono indurre i singoli Stati a limitare le conseguenze di quella sovranità assoluta nei rapporti di diritto internazionale privato.

Nel sistema del Wächter si tien conto di certe ragioni insite nei fini dello Stato, nella sua competenza politica e nell'indole delle sue singole leggi, e si ammette che quelle ragioni debbono ispirare i singoli Stati a formulare, od a consentire per opera del giudice, una certa somma di limiti all'impero assoluto delle proprie leggi nel territorio. Nel sistema del Savigny la comunità di diritto esiste, ma esiste come una coesistenza ideale degli Stati, alla quale i singoli Stati progressivamente devono avvicinarsi mediante lo spontaneo riconoscimento di quelle ragioni e di quei limiti cui la comunità di diritto s'ispira e dai quali la stessa comunità praticamente risulta. E così l'uno come l'altro giurista vanno d'accordo in ciò: che nei singoli rapporti civili internazionali si applichi la legge più competente, e che i criterii di tale competenza siano riconosciuti e voluti dallo Stato dove debbano farsi valere, e risultino dall'intima analisi così dei varii rapporti giuridici, come delle singole leggi che devono regolarli.

(1) V. pag. 104, 105.

CAPITOLO DECIMO

IL PRINCIPIO DI NAZIONALITÀ

192. Influenza universale dei grandi concetti morali; il principio di nazionalità e l'èra delle rivoluzioni. — 193. La scienza giuridica italiana; fondamenti razionali del principio di nazionalità. — 194. Il Romagnosi; sua dottrina delle aggregazioni politiche. — 195. Il Casanova. — 196. Il Mancini. — 197. Suo concetto del principio di nazionalità nel diritto internazionale in generale. — 198. Tale concetto non perturba il diritto internazionale pubblico. — 199. Concetto della nazione nella dottrina del Mancini e in quella del Fiore e del Field. — 200. Concetto del Mancini sviluppato dal Rénan. — 201. Estensione e significato del principio di nazionalità nel diritto internazionale privato. — 202. Il diritto internazionale privato nel sistema del Romagnosi. — 203. Ed in quello del Casanova. — 204. Sommi principii di diritto internazionale privato secondo il Rocco: suoi pregi; fondamento giuridico della sua dottrina; gli statuti. — 205. Limiti alla efficacia universale dello statuto personale. — 206. Legge del domicilio regolatrice dello statuto personale. — 207. Ultimi sviluppi della dottrina del Rocco. — 208. La *comitas gentium* e il sommo principio del diritto internazionale privato. — 209. Il Mancini s'allontana dalle dottrine di diritto internazionale privato vigenti fino alla metà del secolo XIX. — 210. Rapporti fra le dottrine del Mancini e quelle degli Statutari e del Savigny. — 211. Concetto dell'ordine pubblico secondo il Mancini. — 212. Suoi concetti circa la sottomissione volontaria alla legge. — 213. Raffronto fra i tre elementi della dottrina del Mancini e quelli corrispondenti della dottrina del Savigny: regole fondamentali; dovere giuridico e dovere etico di socialità; conclusioni del Pertile. — 214. Legge nazionale sostituita a quella del domicilio come regola dello statuto personale. — 215. La legge nazionale e le regole relative al diritto di famiglia. — 216. La legge nazionale e le regole relative al diritto di successione. — 217. Legge territoriale prevalente sulle cose considerate in sè stesse. — 218. Massime del Mancini circa il diritto uniforme e la riforma del diritto internazionale privato. — 219. Sua opinione favorevole agli accordi internazionali. — 220. Valore dell'opera del Mancini.

192. — Ogni grande concetto religioso o politico fa sentire con tanta intensità e con tanta estensione la propria influenza da poter dirsi che informi tutto un secolo o tutta una società. Chi guarda soltanto alla superficie delle cose non riconosce le conseguenze di tali grandi concetti, se non che nelle manifestazioni della vita alle quali più direttamente si riferiscono; ma l'attento osservatore ne avverte l'irradiazione, dovunque volga il proprio sguardo. Una grande idea, una fede fortemente sentita, un'indomata aspirazione, sono come il

sole che illumina ogni angolo della terra, penetra dovunque e si trasforma in vino, *giunto all'umor che dalla vite cola*. La società, dopo aver affermata come verità quella idea cardinale, ne va derivando in tutti i passi successivi del proprio cammino, un numero infinito di corollari. Così la condizione giuridica delle razze l'una rispetto all'altra dopo l'invasione dei Barbari, non era se non che una conseguenza del loro individualismo; così tutti i rigori del feudalesimo e dei dominii assoluti, dipendevano da un falso concetto della sovranità; così tanti sentimenti e tanti fatti assai diversi fra loro nella vita della società moderna non sono, benchè remoti dalla causa, che sviluppi logici del pensiero cristiano, e tanti altri fatti e sentimenti contemporanei che son contrari all'eguaglianza giuridica fra le razze così dette inferiori e quelle superiori, sono conseguenze inevitabili di una più recente dottrina filosofica.

Anche fra le rovine lasciate sussistere dal Congresso di Vienna del 1815, era sopravvissuta una di quelle eccelse idee e di quelle somme aspirazioni, che possono dare il loro nome ad un secolo intero; e sotto le ceneri che il consesso dei principi si lusingava avessero sepolto ogni germe di libertà, si conservava il fuoco sacro che doveva divampare per l'Europa quando i tempi fossero stati maturi. Quella sacra scintilla era il principio di nazionalità del cui necessario trionfo Napoleone s'era persuaso quando non era più che un illustre sventurato e Talleyrand quando il Congresso di Vienna non voleva ascoltare e seguire il plenipotenziario dei vinti. Tale principio, con quel procedimento di espansione progressivamente intensiva che diffonde le idee di strato in strato per tutta una società, impegnò tosto colla politica dei monarchi una lotta che doveva diventar gigantesca. I sovrani volevano la pace e lo sviluppo degli interessi materiali, ad esclusione della libertà; e credevano di riuscire ad assicurare la pace mantenendo colla violenza una tranquillità fittizia cui non corrispondeva lo stato degli animi. I popoli si andavano persuadendo che non vi potesse essere pace duratura finchè le loro aspirazioni ed i loro bisogni fossero stati trascurati, e finchè, data a ciascuno di loro l'estensione di territorio che gli competeva e le istituzioni consentanee al suo genio civile, i torbidi e le lotte non fossero divenuti impossibili, non già per effetto dell'oppressione che ne impedisse lo svolgersi manifesto, ma mercè la soddisfazione diffusa che ne eliminasse le cause. Anche in questo caso l'ortodossia politica era tale soltanto perchè possedeva la preponderanza della forza, mentre l'ete-

rodossia aveva per sè il conforto della verità ed il dominio dell'avvenire. Se la prima infatti, voleva mantenere intatta quella legge dell'assassinio e del furto che non era stata abolita nè dal trattato di Westfalia nè da quello di Vienna, l'altra voleva realizzare il regno del diritto nella vita dell'umanità. E tanto era il trionfo serbato dall'avvenire a quell'idea, prima che il secolo volgesse al suo termine, che chi volesse descriverne lo sviluppo scriverebbe di necessità tutta la storia dell'età nostra; ed il Gervinus prende appunto le mosse della sua opera insigne dal misconoscimento delle nazionalità per opera del Congresso di Vienna e dal fermento di idee nazionali che ne derivava.

Nè dopo quel Congresso la stessa tranquillità materiale imposta colla forza all'Europa potè durar lungamente. Dieci anni dopo la Grecia era in rivolta, e dopo altri cinque anni era ammessa come Stato indipendente nel consorzio delle nazioni. Così risorgeva, all'alba di una nuova fase del diritto delle genti, un popolo la cui influenza in questa provincia del diritto era stata interrotta quando l'indipendenza di tutte le genti mediterranee era scomparsa nella uniformità del dominio romano (1). Dopo la Grecia; il Belgio si proclamò e si mantenne indipendente; e la Francia mutava dinastia strappando così ad una ad una le pagine di quell'atto finale del 1815 che aveva preteso instaurare in Europa una pace quasi perpetua. E dopo questi tentativi fortunati ed altri meno felici, fu tanto l'incalzare dei principii nuovi nel 1848, che parve prossimo il compimento del loro destino, mentre la Francia ritornava repubblica, l'Ungheria strappava all'aquila imperiale la corona di Santo Stefano, la Germania proclamava la propria unità di nazione offrendo al re di Prussia quella corona imperiale che più tardi egli stesso doveva imporsi sul capo, e l'Italia, cacciando principi assoluti e dominatori stranieri, affermava la coscienza della propria individualità.

193. — Una tale coscienza che, lentamente formatasi, s'era venuta manifestando negli scritti dei filosofi, nel canto dei poeti, e nella agitazione delle società secrete; che Mazzini aveva contribuito a ridestare coll'agitarsi della Giovane Italia; che spirava dal *Canto per gli insorti del* 21 del Manzoni, e dall'*Arnaldo* del Niccolini, doveva trovare la sua ultima e più concreta espressione nelle opere dei giuristi; ultima, perchè se la parola del poeta può parere voce di ribelle che reclama, l'argomento del giurista è l'eco di una legge che comanda.

(1) V. vol. I, cap. IV, §§ 38 e 39, pag. 101-107.

L'Italia che aveva avuto per opera di Bartolo la prima difesa dello statuto personale, vantava già in Pierino Bello da Alba ed in Alberico Gentili da Sangenesio, due precursori di Grozio. Nello stesso secolo XVI nel quale essi vissero, Fra Paolo Sarpi aveva sostenuto in confronto del Duca di Carinzia e degli Uscocchi, il *dominio della serenissima repubblica di Venezia sul mare Adriatico*, ed Ottavio Cacherano da Osasco vi avea esaminato, concludendo però per la negativa, « an principi christiano fas sit pro sui, suorumque bonorum tutela, foedus inire ac amicitia infidelibus jungi, ab eisque auxilium adversus alios principes christianos petere ». Nel XVIII secolo Ferdinando Galiani vi aveva scritto *Dei doveri e diritti dei principi neutrali verso i guerreggianti*, il Lampredi *Del commercio dei popoli neutrali in tempo di guerra* e Domenico Antonio Azuni, il *Sistema universale dei principii del diritto marittimo dell'Europa;* e nell'epoca napoleonica la cattedra di diritto pubblico e commerciale fondata in Milano con decreto del principe Eugenio del 15 novembre 1808, e coperta da Francesco Salfi, aveva accennato per un momento a far entrare il diritto internazionale anche nella consuetudine del pubblico insegnamento.

Pareva dunque a buon diritto impossibile che in Italia, dove aveva così nobili ed antiche tradizioni d'iniziativa e di grandezza, non rifiorisse in quelle momentose circostanze la scienza del diritto internazionale, ed associando il proprio ragionamento al canto dei poeti ed alle cospirazioni dei patriotti, non rischiarasse colla tersa luce del diritto le vie già svelate alla coscienza del popolo dall'ispirazione dell'entusiasmo e dall'intuito del sentimento.

L'Italia che voleva affermarsi come nazione e vivere indipendente, cercava, a dir così, la formula scientifica del proprio diritto di esistere. E tale diritto difendeva non come una novità rivoluzionaria, ma come una rivendicazione giuridica; come applicazione particolare di un principio universalmente vero: il principio di nazionalità. Già dal Vico tale concetto era stato adombrato laddove notava che « nel punto nel quale *esse repubbliche dovevano nascere*, già si erano innanzi *apparecchiate*, et erano tutte *preste* le *materie* a ricevere la *forma;* e n'uscì il *formato* delle *repubbliche*, composto di *mente* e di *corpo* ». « Le *materie apparecchiate* », continuava il Vico, « furono proprie *religioni*, proprie *lingue*, proprie *terre*, proprie *nozze*, proprii *nomi* ovvero *genti* ossieno *case*, proprie *armi:* e quindi proprii *imperii*, proprii *maestrati*, e per ultimo proprie *leggi;* e perchè

proprii perciò in tutto *liberi;* e perchè in tutto *liberi*, perciò *costitutivi di vere repubbliche* ». E ben mostrava il Vico di comprendere il valore di questi elementi della nazionalità, che colla nazionalità concreta non vanno confusi, aggiungendo: « popolo o nazione che non ha dentro una *potestà sovrana civile fornita di tutte le anzidette proprietà*, egli propriamente *popolo* o *nazione non è;* nè può esercitar fuori contro altri popoli o nazioni il diritto naturale delle genti; ma, come la *ragione* così l'*esercizio* ne avrà *altro popolo* o *nazione* superiore » (1).

Dalle quali cose non segue già che il substrato nazionale sia il solo fondamento stabile e legittimo degli Stati, nè che l'entità di nazione sia qualche cosa di spontaneo e primordiale. Il primo concetto sarebbe stato troppo angusto per chi tracciava le grandi linee della *storia ideale eterna;* il secondo sarebbe stato troppo in disarmonia coll'archetipo storico romano, nel quale l'omogeneità delle popolazioni apparisce non già come un fatto primordiale, ma come un risultato (2). Da quelle cose apparisce riconosciuto che certe collettività umane, ad un determinato grado del loro sviluppo e della loro omogenità morale, hanno anche il diritto di vivere d'una vita politica indipendente.

Ma allora il principio di nazionalità volevasi dimostrare come il fondamento primo e il fine ultimo delle aggregazioni umane, e la sua formula riducevasi da molti a non essere che una generalizzazione del modo particolare di esistere delle genti italiane.

Taluni facevano prevalere, fra i fattori della nazionalità, l'elemento geografico; altri quello etnografico o linguistico: altri tenevano conto dell'uno e dell'altro ad un tempo. I primi, come il Durando (3), prendono le mosse dall'unità della specie umana, ed attribuiscono la massima importanza nella differenziazione delle nazionalità al concetto geografico (4), o, come la chiama il Durando, geo-strategico. Gli

(1) Vico, *Scienza nuova*, libro II, *Politica poetica*, Corollario: " Che la Divina Provvedenza è l'ordinatrice delle repubbliche, e nello stesso tempo del diritto natural delle genti „.

(2) L. c., libro IV, *Della custodia degli ordini* e Conclusione dell'opera: " Sopra una eterna repubblica naturale; in ciascheduna sua spezie ottima, dalla Divina Provvedenza ordinata „.

(3) Durando, *Della nazionalità italiana*, Saggio politico-militare, Losanna, Bonamici, 1846. Capo IV, pag. 58-68; *Teoria della formazione delle nazionalità* e Appendice, pag. 405-446 spec. 418 e seg.; *Principii di geostrategica applicata alla genesi delle nazionalità*.

(4) Durando, l. c., pag. 58: " Intendo per nazionalità l'unione politica

ultimi tengono conto così di questo elemento come di quello linguistico, maggiormente accostandosi al concetto del Vico. E fra questi meglio di ogni altro per armonia di pensiero (1), Giandomenico Romagnosi.

194. — I fatti della comune filosofia gli dimostravano (2) che soltanto per mezzo della società le facoltà morali dell'individuo si possono sviluppare ed estendere; ma che a tanto non potrà corrispondere una società *qualunque*, ma bensì una *tale* società in cui concorrano e si verifichino appunto le cagioni apportanti *precognizione, interesse* e *libertà* conformi ed esecutive delle direzioni teoretiche dell'*ordine morale*. Da ciò vengono *inevitabilmente* e precisamente determinate le condizioni ossia i requisiti di questa società in relazione al fine dell'*ordine morale;* di modo che il potere *umano* e però anche la *politica*, non può avere arbitrio alcuno. La *condizione fondamentale* pertanto di ragione di ogni società, sarà l'unione e la convergenza delle azioni libere dei membri uniti ad effettuare il mentovato *fine*, per cui le società sono richieste dall'ordine naturale. Perlochè si manifestò ad evidenza essere *impossibile per fatto naturale*, di costituire e mantenere una società d'uomini, la quale segnatamente abbia i requisiti indicati, se nei collegati non interviene una *unità d'interesse* riferita e attivamente disposta a produrre le tre funzioni di illuminare, muovere e render vieppiù libero e forte ogni uomo ad esercitare i diritti e i doveri costituenti l'ordine *morale-teoretico*.

Per iscoprire dunque e legittimare l'origine e la struttura delle civili società, non fa d'uopo nè di rinuncie ad alcun diritto di un preteso stato di natura, nè di contratti, nè di depositi, nè di verun altro atto di positiva instituzione umana; ma dai puri rapporti reali e naturali delle cose necessarie per l'esecuzione dell'*ordine morale*, ab-

di varie popolazioni associate *naturalmente* per situazione geografica, e *artificialmente* per lingua, costumi, tradizioni, legislazione, interessi materiali e morali „.

(1) Romagnosi, *Lettera seconda a G. P. Vieusseux.* Avvertenze logiche generali per lo studio ragionato della civile filosofia, § 108, pag. 532 del vol. III, parte I dell'ediz. di Milano, Perelli e Mariani, 1842: “ Una è la mente che studia tanto il mondo della natura, quanto il mondo delle nazioni. Col solo vero naturale di causalità, effettuare si può l'interessante umano. Io già dissi (*Genesi del diritto penale*, § 566) che le scienze morali sociali sono una specie di fisica delle azioni libere umane „.

(2) *Diritto pubblico universale* (1805), trattato II, parte I, libro I, capo II; edizione cit., vol. III, § 369 e 370, pag. 376 e 386.

biamo tratti i titoli e le condizioni di ragione di queste civili società (1). Il principio dunque della *necessità* dell'*ordine naturale* riesce *unica fonte* e norma unica delle leggi di ragione di qualunque ordine.

Dominato da questo concetto fondamentale, egli si domanda: « Quale idea vi presenta la somma civile potenza dello Stato? » (2). E risponde: « Uno Stato agricolo e commerciale giunto alla sua naturale grandezza di territorio, di popolazione e di governo, atteggiato con tutte le condizioni, delle cognizioni, dei voleri e dei poteri individuali e collettivi delle sociali unità ». E soggiunge: « Or qui si tratta di costituire questa popolazione, questo territorio, questo governo in mira d'effettuare queste condizioni. Dunque il primo problema di questa edificazione qual'è? *Notare, dietro l'andamento naturale delle genti, la composizione del personale collettivo del consorzio.* Gli individui stanno alle famiglie, come le famiglie stanno alle tribù. Dalle tribù associate nascono i grandi Stati. Le tribù formano dunque le unità elementari, attive, vitali e fondamentali dello Stato, tanto materialmente quanto moralmente ». Dove sta dunque la buona convivenza? (3). La buona convivenza sta solo in quello Stato, nel quale, mediante un'abituale libera comunicazione, ognuno ritrae in una guisa spontanea quella fiducia, quella benevolenza, quell'onore e quei servigi dei quali è meritevole. Per la qual cosa la *convivenza* si deve riguardare come un risultato ultimo delle circostanze fisiche, morali e politiche di un dato popolo. Senza la cospirazione delle forze non esiste potenza politica. Dunque le condizioni della *vera sociale convivenza* entrano necessariamente a formare le condizioni della potenza degli Stati politici. Questo è sempre un elemento della perfezione rispettiva degli Stati: e forma una condizione della vita e della potenza sia incipiente, sia progressiva, sia matura di uno Stato, *come la libera circolazione del sangue* forma una condizione di tutte le età e di tutte le posizioni della vita animale. Dunque tuttociò che turba o toglie questa convivenza è calamità o maleficio (4).

(1) L. c., § 370, pag. 386; cfr. § 208, e 213-218, pag. 209 e 210, 212-217.

(2) V. lettera citata a G. P. Vieusseux, pag. 528-530, §§ 99 e 100.

(3) Romagnosi, *Istituzioni di civile filosofia ossia di giurisprudenza teorica* (1824), parte I, libro VI, capo III, art. I; ediz. cit., vol. III, parte II, pag. 1450-1451 (prima edizione 1839).

(4) *Ibid.*, pag. 1450-1451. Quando, leggendo la descrizione di un dato paese, taluno vede popolazioni che non differiscono fra loro che per qualche piccola varietà di lingua e che non s'intendono fra loro, ivi dee conchiudere mancare convivenza e commercio. Questo è segnale certo di barbarie

Da che dunque, domanda il Romagnosi (1), si debbono desumere i segnali della *perfezione territoriale* di uno Stato? E risponde: « Dalla competente sua estensione, adeguata all'unità nazionale ».

Ma di questa entità nazionale, così ripetutamente ricordata in altre opere di lui, il Romagnosi sviluppa più completamente il disegno nella scienza delle Costituzioni (2), incominciata a pubblicare da lui quando ogni libertà italiana parea tramontata insieme colla potenza napoleonica, e ripubblicata integralmente trentatrè anni più tardi e dodici dopo la morte dell'autore, quando l'Italia lusingavasi d'esser giunta a giorni più lieti. Il Romagnosi non lusingavasi, scrivendo, che le sue dottrine potessero avere una rapida applicazione, e « confidava soltanto nell'azione lenta del tempo e nella provvidenza di un genio forte, generoso ed illuminato ». E pertanto « in aspettazione degli eventi, pagava alla patria il tributo dei suoi pensieri dettati dallo zelo più imparziale ». Egli disegnava con entusiasmo un ordinamento politico basato precipuamente *sulla pubblica opinione* « così che ne sorga un Governo in cui la concordia, la stabilità e la potenza, siano portate a quel supremo punto a cui una umana istituzione possa mai giungere su questa terra. Lo che vien fatto necessariamente e infallibilmente da una costituzione che riposi *sulle basi sue naturali* (3). Tale gli pareva essere la monarchia *nazionale rappresentativa*, la quale sempre doveva avere le proprie radici *nella nazione* ed essere retta da « una legge che un popolo impone ai suoi governanti onde tutelare se stesso contro il loro despotismo » (4). In tal guisa, essendo i governanti sottoposti ad una legge, essi hanno alla loro volta un sovrano cui devono obbedire; « e questo sovrano è la *Nazione* la quale accorda ad uno o più uomini la facoltà di governare ».

È questo il suo concetto dell'*Etnicarchia* (5), dalla quale deve risul-

naturale od artificiale. Nel primo caso vede una necessità di natura; nel secondo un meditato delitto del suo Governo. Tifonico Governo è questo, ed il più odioso di tutti.

(1) *Ibid.*, libro VI, capo II; ediz. cit., vol. cit., pag. 1443.

(2) L'opera completa fu pubblicata nel 1848 colla data di Bastia, e contemporaneamente a Milano nell'ottavo volume delle Opere riordinate ed illustrate dal De Giorgi, ed a Torino (Canfari) come opera postuma. Ma opera postuma in tutto non era, perchè già nel 1815 n'era stata pubblicata la prima parte colla data di Filadelfia e col titolo: *Della costituzione di una monarchia nazionale rappresentativa.* Tomo I.

(3) Romagnosi, *Scienza delle Costituzioni*, Introduz., ediz. cit., vol. VIII, pag. 10.

(4) Romagnosi, l. c., parte II, Introduzione.

(5) Romagnosi, l. c., parte II, libro I, capo II, § 19 e seguenti.

tare *un naturale equilibrio* fra le nazioni. L'equilibrio non potrà esistere se non che quando sarà riconosciuto dovunque il *dominio nazionale*, il quale importa che tutta una nazione comandi in casa propria. Ma tutta una nazione non comanda quando lo straniero spadroneggia tutto o parte della medesima; tutta una nazione non comanda quando essa è divisa fra più governi proprii. *Nazioni intere indipendenti, padrone di tutto il loro territorio, e viventi sotto un solo Governo temperato, ecco dunque lo stato ultimo del mondo voluto dalla natura e dalla ragione onde ottener pace e prosperità interna ed esterna.* Queste massime lo inducevano alla conseguenza assoluta che la *dominazione nazionale* è cosa preparata dalla stessa natura. « Essa gli appariva sospingere (1) per una forza lenta, imperiosa e progressiva i popoli d'Europa verso uno stato di scambievole equilibrio interno ed esterno, il quale verificar non si può che nel dominio nazionale ».

E tanta era l'importanza che il grande filosofo attribuiva al principio da lui formulato anche nei rapporti del diritto delle genti, che dalla stessa fonte vedeva scaturire i mezzi per difendere la esistenza libera dello Stato, sia nei rapporti interni sia in quelli esterni, e concludeva: « Queste massime devono essere relative a quello stato della nazione nel quale può comportare e sostenere un governo veramente nazionale. Di altre situazioni io non posso far parola, perocchè egli non è che uno *stato precario, violento*, e fuori dell'ultimo ordine al quale la natura chiama le nazioni incivilite » (2). È vero che non ad ogni popolo nè in ogni stadio della civiltà è dato conseguire una tale esistenza, ma questa è certo la sua ultima meta, poichè « una potenza sorda, gagliarda, instancabile, provocata sempre dall'antagonismo, venne e verrà in soccorso delle nazioni soggette, e, lentamente rodendo le catene afferrate dalla lega opprimente, pose e porrà i popoli in grado di spezzarle » (3).

Tanta era la fiducia di quel vecchio nobilissimo nell'avvenire! « Lunga, egli esclamava, lunga, penosa e piena di aspre vicende fu e sarà la lotta (4). In niun luogo è finita ed in certi paesi appena principiata; in altri è ancor da desiderarsi. Ma gli oppressori son costretti, malgrado loro, a sentire la possanza del tempo. Essi, sebbene vibrino

(1) Romagnosi, l. c., parte II, libro I, capo II, § 25.
(2) Romagnosi, l. c., parte II, Introduzione, cap. VIII.
(3) Romagnosi, l. c., parte II, libro I, capo II, § 16.
(4) Romagnosi, l. c., paragrafo citato.

qua e là i colpi della tirannia, ciononostante temono le querele dei popoli, che non si stancano di citare i potenti loro nemici al tribunale dell'opinione....... La imperiosa ed eterna verità condotta dal tempo, irresistibile si avanza, e camminando di vittoria in vittoria, pianta dovunque i vessilli della eterna giustizia ».

Da una tale solidità di ragioni unita con così generoso entusiasmo, è dato di comprendere quanto calore penetrasse allora tutte le fibre della vita italiana. Si preparava un'epopea simile a quella dei grandi momenti della storia greca, quando un fatto eccelso, dopo essere stato profeticamente annunziato dall'oracolo di Delfo e dopo aver avuto per esecutori uomini come Milziade e Temistocle, veniva immortalato nell'arte dalla tragedia di Eschilo. Il Romagnosi stesso, il grande pensatore, ondeggiava allora fra l'inno ed il ragionamento, e talvolta, dimenticandosi che la sua parte era quella di Platone nelle leggi, si credeva Sofocle nell'atto di cantare il *Peàna*. Egli vedeva che il principio di nazionalità, come forza positiva, alleato col principio di non intervento, come forza negativa, era assai più che una massima di politica interna e di diritto costituzionale; egli si accorgeva che v'era implicito un massimo fattore del diritto internazionale, il principio creatore di una nuova serie di individui nella famiglia dei popoli; e, rapito nel fascino di questo concepimento di filosofo, che consolava tanto il suo cuore d'italiano, gli pareva di sentire la Provvidenza, con una voce ed un intento simile a quello del Demogorgone nel *Prometeo* di Shelley, annunciare ai popoli la buona novella:

« Illuminatevi, diceva quella voce ai popoli, illuminatevi sui vostri interessi e su quelli dei vostri governi, perocchè la vostra redenzione non può mancare. Io in tutte le età faccio andar avanti i popoli a forza di battiture. Tocca ad essi di approfittarsi delle mie lezioni onde non retrocedere dal cammino nel quale li ho sospinti. Io loro schiudo gradatamente il tesoro della sapienza politica; e circoscrivo finalmente ogni nazione in quello stato per cui possa equilibrarsi con qualunque altra a conservare la propria indipendenza. Io non permetto che un popolo scada a meno di un altro impunemente. Io voglio, o per amore o per forza, l'eguaglianza ed il progresso fino a che si giunga all'equilibrio universale » (1).

195. — Il Casanova, restituito fra gli entusiasmi del 1848 all'insegnamento, che cinque anni prima aveva dovuto abbandonare, nel-

(1) Romagnosi, l. c., parte II, libro II, capo I, § 2.

l'Università genovese, e, mutata la primitiva cattedra d'istituzioni civili in quella di diritto costituzionale ed internazionale, non restava estraneo a quel grande movimento degli spiriti e degli ingegni. Trattando nella seconda lezione (1), *Dello scopo del diritto internazionale e del modo di conseguirlo*, egli si rivolgeva con queste parole alla gioventù che l'ascoltava: « La pace universale deve essere fondata sulla universale fratellanza predicata da Cristo. Ma questa fratellanza, nonchè realmente esistere, neppure potrà sperarsi, finchè le Nazioni saranno trattate come lo furono molte sino al dì d'oggi, finchè intere razze saranno da altre conculcate ed oppresse. Qual pace può essere fra la Polonia, l'Italia, l'Ungheria, e gli stranieri da cui sono tiranneggiate? Lotta vi sarà, accanita lotta, fino a tanto che la causa della giustizia non trionfi, e la natura non sia vendicata delle violenze che le fecero l'avarizia e l'ambizione. Sì, o signori, raggruppare le nazionalità, ricostituire il mondo per razze e per lingue, come piacque a Dio di dividerlo, inchinarsi dinanzi alle barriere dei monti, dei mari e dei fiumi, con cui egli segnò questa grande divisione, invece di formare fra i popoli vincoli artificiali e caduchi, cercare di rassodare quelli che la Provvidenza ha stabiliti e dare alle Nazioni libertà al di dentro e al di fuori nella costituzione dello Stato e nei loro rapporti; tale è la grande impresa a cui gli uomini di Stato debbono consacrarsi, se pur vogliono che la stanca umanità respiri una volta, se vogliono che si dica di loro quel che fu detto di Newton: « *Ei s'incontrò col pensiero del Creatore* ». Ma dopo questa digressione politica e patriottica, il Casanova non si lascia troppo distrarre dal principio di nazionalità nell'analisi e nell'esposizione delle regole tradizionali del diritto delle genti. Nella lezione III infatti, dove espone *che cosa si intenda per Nazione*, aggiunge, come sinonima di questa, la parola *Stato* e tratta i due concetti come equipollenti. E nella lezione IV tratta *dei diritti spettanti alle Nazioni*, riferendoli esclusivamente agli Stati. La di lui esortazione ad instaurare la pace fra i popoli ed a rassodarla mediante la costituzione indipendente delle nazioni, è contenuta da lui nei limiti proprii d'un elemento perfezionatore del diritto delle genti e vi è appena accennato senza alterazione delle proporzioni tradizionali del suo sistema. Non così nel Mancini.

Il Casanova moriva il 26 ottobre 1853. Due anni prima, il 24 gennaio 1851, cominciavano le lezioni dalla prima cattedra consacrata

(1) Casanova, *Diritto intern.*, vol. I, pag. 48, 49. Firenze, Cammelli, 1870.

esclusivamente al diritto internazionale, che il governo piemontese aveva istituita con legge del 14 novembre 1850 nell'Università di Torino.

196. — Da quando il Casanova aveva cominciato ad insegnare quella disciplina nell'Università di Genova, a quando essa fu accolta fra le materie di insegnamento in quella di Torino, le aspirazioni di tutta l'Italia avevano trovata nei fatti una brutale smentita. Ma colla speranza d'una prossima formazione dello Stato nazionale italiano, non era andata smarrita la coscienza nazionale, e bastava a provarlo il nome dell'uomo chiamato coprire quella cattedra, profugo dal Regno delle Due Sicilie.

Il Romagnosi, presago delle lotte che l'idea da lui vagheggiata doveva affrontare prima d'effettuarsi nella realtà, l'aveva raccomandata a chi veniva dopo di lui con un voto. « Frattanto prego i saggi, egli diceva (1), che, posposta la logica dei diplomatici, che non è buona nemmen per la predica, vogliano occuparsi a sviluppare la nuova dottrina fondata sull'impero della natura, e sull'interesse dei popoli, per trovare il modo di agire e di far agire gli uomini influenti nel giorno della politica redenzione. Accolgano con pazienza le obbiezioni da qualunque parte siano fatte, e le discutano con diligenza pensando che la verità ne sorgerà più luminosa e robusta, non altrimenti che l'acciaro battuto e ritoccato dal fabbro somministra armi di ottima tempra e folgoreggianti. La parola è spada acuta e niuno può sfuggire la sua possa quando serve alla verità ed al benessere universale. So che il tempo dell'apostolato è tempo di persecuzione; ma so pure che è tempo di vittoria della parola. Pochi bastano per vincere; e in mezzo alla corruzione ed alla viltà universale, non manca la Provvidenza di suscitare qualche anima forte e grande che prepari l'ultimo termine dei suoi destini ».

Trattavasi di una battaglia da combattere, ma era battaglia degna di un pensatore; bisognava persuadere della propria iniquità la forza, del proprio diritto la sventura, ed iniziare i dettami di quella politica onesta che è sempre la più nobile, seppur non è sempre la più fortunata. Il Mancini raccolse l'arma affidata ai venturi dal vecchio paladino del diritto, e ne continuò la tradizione, ponendo alla base del proprio sistema ciò appunto che all'Italia era stato negato di effettuare: il principio della nazionalità.

(1) Mancini, *Prelezioni*, pag. 56, 57. Napoli, Marghieri, 1873.

Nella dottrina del Mancini il principio di nazionalità ebbe assai maggior precisione che non avesse avuto per opera degli scrittori meno recenti. Rispetto a quel principio pertanto due ricerche sono sopratutto necessarie. Che cosa intende il Mancini per nazione e per diritto di nazionalità nei rapporti di diritto internazionale in genere? Quali conseguenze crede egli che derivino da quel principio nel sistema del diritto internazionale privato? Nello svolgere questa seconda indagine dovremo ricollegare la dottrina del Mancini a quella del Savigny, e vedere di quanto quest'ultima ne resti modificata.

197. — Il Mancini, dopo aver dimostrato che il vero diritto divino giustifica il principio di nazionalità, mostrava come esso fosse atto a produrre quanto beneficio nella pratica, altrettanta certezza nella scienza, la quale (1), sotto il presidio della legge suprema del diritto universale, dovrebbe per tal modo intera disporsi intorno ad una unica idea, causa e limite di tutte le altre. Unico sarebbe infatti e sempre lo stesso in questo sistema, *il soggetto* del diritto fra le genti: la Nazionalità. Quale ne sarebbe *l'oggetto* e la materia, e quale il generale criterio scientifico se non l'applicazione del principio di nazionalità? Quale il limite razionale del diritto di ciascuna Nazione? Le altre Nazioni. Quale il fine supremo del diritto delle genti? La umanità delle Nazioni del Vico (2); cioè la celebrazione della umanità e del suo progresso civile nel libero, armonico e compiuto sviluppamento delle Nazionalità.

Gli autoritari riprovarono tale dottrina come sovversiva, i cosmopoliti la dissero esclusiva, molti la chiamarono utopia nata dai sentimenti e dai bisogni politici dell'epoca nella quale fu concepita (3). A confutare quest'ultima osservazione basterebbe il notare come la stessa teoria del 1851, fosse insegnata all'Università di Roma nel 1872 da quello stesso uomo che le si manteneva fedele, anche dopo cessato il bisogno di servirsene come un'arma in favore del patriottismo italiano; e che avendola insegnata quando pareva un sogno pel suo paese il realizzarla, ben meritava di ribadirne gli insegnamenti quando essa vi era divenuta realtà.

In quest'ultima fase il pensiero del Mancini si fa anche più chiaro e più determinato. A chi lo taccia di utopia egli risponde che le verità

(1) Romagnosi, l. c., parte II, libro I, capo II, § 25.

(2) Il Vico a dir vero non attribuiva precisamente tale significato *alla umanità delle nazioni*. V. pag. 116, 117.

(3) Padelletti, *Revue de droit international*, 1873, pag. 477.

prime in ogni scienza somigliano sempre, rispetto all'ordine pratico, a quei modelli di perfezione ideale, che, *anche senza speranza di pienamente raggiungersi*, non si propongono meno come le più sicure guide alle tendenze della vita. La scienza del diritto ha già adempiuto alla sua missione, quando appoggiandosi a dimostrazioni evidenti, chiama iniqua la ingiustizia felice ed, additandola alla esecrazione del mondo, tende almeno ad impedirne la propagazione ed a restringerne la malefica influenza sugli umani destini. Ciò dimostra che se d'un lato secondo il di lui pensiero la scienza dev'essere qualche cosa di più (1) che un catechismo di aride astrazioni, di scolastiche sottigliezze, di vuote formole senza vita e senza pratica applicazione, ma deve accendere negli animi degli studiosi qualche calore di virtuoso affetto, egli non intendeva tuttavia di stabilire col principio di nazionalità una base assoluta e generalmente necessaria, così che senza la sua universale attuazione dovesse dirsi mancare lo stesso diritto internazionale. Ed egli rende più chiara ancora la moderazione del proprio pensiero, quando risponde a chi lo taccia di tendenze rivoluzionarie, che dall'insegnamento (2) di una dottrina non si deve derivare la necessità di tradurla immediatamente colla forza in istato di attuale e reale applicazione, mentre non è che una norma certa atta a frenare le incomposte ambizioni ed a proscrivere come *illegittima* ogni tentazione di *conquiste territoriali*, senza imporre menomamente l'obbligo di bandire novelle crociate per isconvolgere gli Stati esistenti e rifare la geografia politica d'Europa.

198. — Da ciò apparisce chiaramente non essere vero, come ha mostrato di credere taluno, che il diritto internazionale si trovi trasportato da Mancini sopra una base malsicura, negandosi da lui la *capacità giuridica* ad ogni Stato non perfettamente identificato con una nazione, in guisa da porre molti paesi al bando del diritto delle genti. Questo, dice anzi il Mancini (3), sarebbe fare mal governo ed esagerata applicazione del principio di nazionalità. La capacità giuridica è inseparabile da ogni essere umano e perciò anche da ogni *aggregazione collettiva di uomini*, tanto se costituita da volontarie associazioni, quanto se sviluppata nelle forme storiche e tradizionali della convivenza civile, quali sono il Municipio e lo Stato. Così

(1) Mancini, l. c., pag. 8.
(2) Mancini, l. c., pag. 198, 199.
(3) Mancini, l. c., pag. 195-197.

dunque, secondo il sistema del Mancini, è dato concepire *esistenza*, *capacità* e *legittimità* di vita giuridica:

I. Nelle volontarie associazioni, salvo il prevalente diritto dello Stato che le comprende;

II. Nei Comuni, limitati egualmente dallo Stato;

III. Nello Stato la cui costituzione non può sopprimere ed impedire il prevalente diritto della nazionalità;

IV. Nelle nazionalità che non possono vivere ed esplicarsi con offesa *al diritto ed all'incivilimento mondiale dell'umanità*.

Da ciò segue che vi sono Stati di due specie: quelli che si compongono di nazioni diverse aggregate dalla *forza* o dal *consenso*, e quelli che sono *creazioni della natura*, cioè gli *Stati nazionali*. Gli uni e gli altri, benchè con non dubbia diversità di prerogative e di solidità giuridica, sono nel consorzio giuridico dell'umanità. La dottrina della nazionalità constata dunque un diritto che è in potenza presso tutte le nazioni: quello di costituirsi a vita indipendente. Chi segue quella dottrina comprende quanto più sicuri sarebbero i rapporti internazionali fra Stati ricostituiti su questa base, e può delineare, in questo consesso di Stati nazionali, un diritto delle genti ideale. Ma il professare tale dottrina non può indurre a smentirne il fine, che è fine di sicurezza e di pace, mettendo a ferro ed a sangue il mondo per avvicinarlo all'effettuazione di quell'ideale. Quando si vuol dare l'idea di un uomo non si descrive certo un individuo deforme, ma è altrettanto certo che, imbattendosi in un uomo deforme, non gli si negheranno perciò i diritti che competono ad ogni essere umano. È indiscutibile che per l'esistenza del diritto internazionale basta che esistano degli Stati; ma esso pur *aspira* a governare le nazioni. Il principio della nazionalità non è dunque se non che la sua parte ideale, e, per dir così, il suo elemento etico.

199. — E tanto meno rivoluzionario apparisce il principio di nazionalità a chi osservi che cosa veramente intenda il Mancini per nazione. Non tutte le nazioni essendosi formate mercè lo stesso processo storico, egli dice (1), non tutte possono presentare visibile il concorso, in simile proporzione e misura, dei medesimi elementi; la varietà delle origini e delle cause doveva produrre una non completa identità di effetti. Tra gli elementi di affinità e di colleganza che alle parti di ciascuna nazionalità sogliono attribuire specifica somiglianza

(1) Mancini, l. c., pag. 189.

ed uniformità di aspetto, quello che quasi mai non manca e che potrebbe forse chiamarsi l'attributo prevalente, è *l'unità della lingua*, il che fece dire al Fichte: *la lingua è la nazione*. « *Se non che, lasciando da parte le scettiche argomentazioni dei dotti, e rivolgendosi all'istinto della coscienza popolare*, è impossibile che, interrogando tale coscienza e chiedendole se esista o no una certa nazionalità coi suoi propri caratteri, essa s'inganni nel rispondere ». Così il concetto della *nazione*, sopratutto in un sistema di regimi liberali come è quello contemporaneo, si avvicina il più possibile al concetto di *Stato*, ed il *diritto* trovasi assai vicino al *fatto*.

Il Mancini in tal guisa si arresta nel giusto mezzo fra le qualità troppo speciali richieste nella nazione da taluno, e la soverchia facilità di altri a derivarne l'esistenza dalla pura volontà dei gruppi di popolazione. Alla prima categoria appartiene il Casanova che, distinto lo Stato dalla Nazione (1), richiede in questa almeno comunanza di lingua e dimora in un territorio ben distinto da limiti naturali; sicchè se si volesse con tale concetto far combinare nella realtà lo Stato colla Nazione, allora si giustificherebbe un'altra specie di diritto divino che prescindesse in tutto dalla volontà dei singoli gruppi di popolazione nel determinare lo Stato cui dovrebbero essere aggregati. Allora, ritenendosi vera la definizione del Joly che lo combatte: « Le principe des nationalités est, dans son acception la plus générale, la revendication de l'autonomie et de l'unité politique des races » (2), la nazionalità sarebbe un fatto alla produzione del quale non contribuirebbe per nulla la volontà dei congregati. Il concetto opposto è rappresentato dal Fiore.

Quest'ultimo autore, nella prima edizione del suo diritto internazionale pubblico (3), prendeva per base del proprio sistema il principio di nazionalità, e, nel senso adottato dal Casanova, definiva la nazione « una libera e spontanea aggregazione di genti per medesimezza di sangue, di lingua e di attitudine, e per affinità di genio civile, di temperamento e di vocazione, atte e preordinate alla massima unione sociale ». Ma nella successiva edizione della sua opera (4) egli muta radicalmente opinione. Gli Stati, per trovarsi in società

(1) Casanova, l. c., lez. III. — V. pag. 122, 123.
(2) Joly, *Du principe de nationalité*, pag. 22. Paris, Garnier, 1863.
(3) Fiore, *Diritto internazionale pubblico*, prima ediz. Milano 1865.
(4) Fiore, *Diritto internazionale pubblico*, 2ª ediz., vol. I, pag. 196 e seg. Torino, Unione Tip.-Editrice, 1879.

giuridica fra loro, devono avere, il Fiore lo riconosce, una base giuridica. Ma poichè egli nota che i fautori del principio di nazionalità non sono riusciti a mettersi d'accordo circa i caratteri distintivi della nazione, attribuendo anzi a questa in generale i caratteri peculiari della speciale società in mezzo alla quale rispettivamente vivevano, perviene ad una conclusione del tutto diversa da quella prima professata. La teoria della nazionalità, egli conclude, manca di sode basi scientifiche; essa è un principio pericoloso che si presta alle più contraddittorie applicazioni (1); non esiste un principio giuridico che sia il germe delle associazioni legittime, fuori della volontà e della libertà dell'uomo, e nessun congiungimento umano può dirsi più conforme al diritto che quello costituito spontaneamente e con volontà determinata dalle contingenze di tempo e di luogo. Dunque il principio della nazionalità non può essere, secondo il Fiore, il principio giuridico dell'organizzazione dell'umanità; ed egli termina (2) col definire così le persone legittime e giuridiche della società internazionale: « Ogni libera associazione di un certo numero di genti congregate a vita comune di propria volontà espressa o tacita in un territorio da esse abitato permanentemente, le quali manifestino il costante e sincero volere della loro unione sociale colla comunanza dei costumi, delle istituzioni, della cultura e con un governo autonomo atto a mantenere l'ordine all'interno e le relazioni esteriori cogli altri governi ».

Una tale definizione combina quasi con quella del Field (3): « Una nazione è un popolo occupante in modo permanente un territorio determinato, ed i membri del quale hanno un governo comune che appartiene specialmente a loro per l'amministrazione della giustizia e la salvaguardia dell'ordine interno, e che è capace di intrattenere delle relazioni con tutti gli altri governi ». E l'uno e l'altro preferiscono un'idea della nazione che rende omaggio forse soverchio al fatto ed all'individualismo e che legittimerebbe frazionamenti infiniti della sovranità e del territorio, perchè anche la repubblica di San Marino risponde alla condizione di poter mantenere relazioni cogli altri Stati.

Procedendo all'infinito nel riconoscimento dell'elemento volon-

(1) Fiore, l. c., pag. 207.
(2) Fiore, l. c., pag. 214, 215.
(3) Field, *Projet d'un code international,* trad. par Rolin, pag. 2, art. 2. Gand 1881.

tario si attribuirebbe la sanzione giuridica al capriccio stesso degli individui e si finirebbe per dire con poeta francese, che

> La patrie est aux lieux où l'existence est pleine,
> Où l'on est plus aimé, plus aimant et plus fort;
> Où l'on s'élève mieux à la grandeur humaine,
> Où, pouvant le mieux vivre, on craint moins la mort.

200. — Il merito del Mancini sta appunto in ciò, che, senza esigere troppo numerose qualità nella nazione, vi domanda però anche qualche cosa di estrinseco alla pura volontà degli individui, togliendo così al suo concetto tutto quanto potrebbe avere d'arbitrario e di troppo mutabile.

Da nessuno ho visto sviluppata l'idea del Mancini così bene come dal Rénan (1). Anche pel filosofo francese come pel giureconsulto italiano, il fatto della razza, importante sopra tutti all'origine, va perdendo sempre più di valore. La storia umana differisce essenzialmente dalla zoologia; la razza non è tutto per gli uomini come per i rosicchianti e per i felini, e non si ha il diritto di andar in giro tastando il cranio a questo ed a quello per dirgli poi, prendendolo per la gola: « Tu sei del nostro sangue, tu ci appartieni ». Troppo si abusò ai nostri giorni del genio delle diverse razze; insistendo in tale abuso se ne farebbe la formula di un certo fatalismo in parte materialista ed in parte panteista, che spegnerebbe l'iniziativa e giustificherebbe la violenza (2).

Se prevalesse questa politica antropologica, le nazioni seguirebbero le fluttuazioni della scienza; il patriottismo potrebbe dipendere dal successo di una dissertazione più o meno paradossale, ed un giorno si potrebbe arrestare un patriotta che va ad incontrare la morte sul campo di battaglia, e dirgli: « Tu sei in errore correndo a versare il tuo sangue per questa causa; credevi d'essere Celtico, ma, secondo gli ultimi risultamenti della scienza, sei invece Germanico. Non stupirti però se fra dieci anni si scoprirà che sei Slavo ».

Nemmeno la lingua può, secondo il Rénan, dirsi una sicura carat-

(1) Rénan, *Conférence à la Sorbonne:* " Qu'est-ce que c'est une nation? „ (*Revue politique et littéraire de la France et de l'étranger*, n. 11, 18 marzo 1882, 3ª serie, 2° anno, 1° semestre, vol. XXIX. — V. anche *Journal des Débats*, 13 et 14 mars 1882).

(2) Athanase Cocquerel fils, *Pourquoi la France n'est-elle pas protestante?* (*Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 3ᵉ année, pag. 809. Paris 1866).

teristica della nazionalità: l'America spagnuola e la Spagna parlano del pari lo spagnuolo; eppure non formano insieme una nazione; la Svizzera è una nazione benchè parli tre o quattro lingue. La lingua non è nemmeno un'indicazione sicura della razza. La Prussia, dove ora non si parla che tedesco, qualche secolo fa parlava slavo; l'Egitto, che ora parla l'arabo, non solo non mutò, ma non modificò nemmeno notevolmente, col modificarsi del linguaggio, la razza che lo abitava al tempo dei Faraoni. Anzi la lingua non è indicazione sicura di razza nemmeno all'origine; e nelle tribù protoariane e protosemitiche vi erano schiavi numerosi di razza diversa che parlavano la lingua dei padroni. « Les langues, aggiunge il Rénan, sont des formations historiques qui indiquent peu de choses sur le sang de ceux qui les parlent, et qui, en tout cas, ne sauraient enchainer la liberté humaine quand il s'agit de déterminer la famille avec laquelle on s'unit pour la vie et pour la mort ».

In fine, ad indicare una nazione, non basta nemmeno il criterio della configurazione geografica del territorio abitato; poichè se alle società umane la terra fornisce il *substratum*, il campo del lavoro, l'anima non la fornisce che l'uomo; e l'anima è tutto in quell'ente sacro che si chiama un popolo. Una nazione dunque è sopratutto una famiglia spirituale; e l'elemento spirituale che le dà l'esistenza ha radici così nel passato come nel presente; il passato contribuisce a formarla coi ricordi e colle tradizioni comuni, il presente col concorso delle volontà. Il canto spartano: « Siamo ciò che voi foste, saremo ciò che voi siete », è, nella sua semplicità, conclude il Rénan, l'inno abbreviato di ogni patria, dove « une grande aggrégation d'hommes, saine d'esprit et chaude de cœur, crée une conscience morale qui s'appelle une nation ».

Non era, come potrà forse sembrare a taluno, superflua questa lunga esposizione; perchè, essendo il principio di nazionalità la caratteristica della scuola italiana, faceva d'uopo anzitutto di mettere in chiaro che cosa *nazione* e *nazionalità* significhino nella dottrina del caposcuola. È chiaro ormai quanto poco un tale principio fosse rivoluzionario e distruttore dell'ordine stabilito nella pratica e nella scienza; ed è pur evidente che l'importanza di quel principio derivava sopratutto dal porre quale ultima meta un alto ideale e dal legittimare ed assicurare, mediante il libero estrinsecarsi della volontà dei popoli e mediante il principio del non intervento, la formazione di quegli Stati nazionali che procedeva lentamente pro-

pagandosi dal mondo latino al mondo germanico e da questo al mondo slavo.

Il Brusa, assai avverso al principio di nazionalità come lo intendeva il Casanova, così si esprime nella sua *Introduzione al Diritto internazionale* di quest'ultimo (1): « Se gli amici delle nazionalità a intenti liberali vorranno prendere il partito loro, dovranno con noi riconoscere che omai non ci resta che la ragione, ci resta di sostituire alle razze naturali quelle razze che con tutta la proprietà disse il Renouvier *razze etiche*, vere forme della umanità in quanto che questa è opera di sè medesima. Per tal modo, ravvisando tuttavia anch'essi, come noi, la presenza del diritto nei fatti della storia, un *consenso implicito* in ogni specie di rapporti effettivi continui o nei vincoli che ne sono seguìti, rafforzeranno le file dei credenti nel progresso mediante la morale e col soccorso delle transazioni a basi psicologiche, a norma della legge d'imitazione e di solidarietà, cioè dell'abitudine. Rinunzieranno così anch' essi a ciò che venne a piena o parziale ragione tenuto come partito violento e rivoluzionario; si atterranno a ciò che è meno incerto, allo Stato storicamente svolto, allo Stato insomma come quello che esprime un contratto sociale implicito, a differenza della nazione naturale che manca di base storica e non è rappresentata che da passioni confuse ».

Chi ben consideri in qual modo concepisca il Mancini la nazionalità, vedrà come i concetti di chi segue il nostro grande giurista si allontanino assai meno di quanto a primo aspetto possa apparire dalle conclusioni ora riferite.

201. — Ma il principio di nazionalità che, inteso rettamente, contribuisce tanti elementi di ordine al diritto internazionale pubblico, assai meno rivoluzionario doveva essere certamente nel diritto internazionale privato. Nel primo, infatti, per effetto di quel principio, potranno trovar posto aspirazioni che escano dall'orbita degli ordini costituiti. I ribelli potranno per effetto di quello esser più facilmente riconosciuti quali belligeranti, e si potrà più presto riconoscere un nuovo ordine di cose nella costituzione di un paese. Ma il diritto internazionale privato non esiste se non riguardo ad atti o fatti concreti e legittimi degli individui nelle loro reciproche relazioni. In un tale campo di rapporti, quale influenza potrebbe avere il principio

(1) Brusa, *Introduzione al diritto internazionale* del Casanova, pag. 373, 374. Firenze, Cammelli, 1876.

di nazionalità in quanto si allontanasse dall'idea degli ordini costituiti? Nessuna; se si toglie la maggiore facilità di concedere la propria cittadinanza a sudditi esteri che appartengano alla stessa razza o parlino la stessa lingua dei sudditi propri, come fece e fa l'Italia nel proprio Codice per gli Italiani non regnicoli. Ma anche questa particolarità va perdendo d'importanza a mano a mano che gli Stati riconoscono con facilità sempre maggiore ai loro sudditi il diritto di espatriazione. In tutti gli altri rapporti il diritto internazionale privato è un complesso di norme troppo concrete, perchè vi si possa tener conto di ciò che non esista attualmente nell'ordine dei fatti.

Supponiamo, per esempio, nei riguardi del diritto internazionale pubblico e del privato, due fatti relativi all'Alsazia-Lorena. Se questo paese insorgesse, così da poter sostenere regolarmente l'urto delle armi tedesche, esso potrebbe reclamare a favore dei proprii combattenti i diritti dei belligeranti; e se, fattosi indipendente, per virtù propria, si riunisse alla Francia, questa riunione sarebbe legittima al cospetto del diritto internazionale, perchè riposerebbe sulla coscienza della nazionalità. Supponiamo ora, nei riguardi del diritto internazionale privato, un Alsaziano-Lorenese che non abbia espressamente conservato, dopo l'annessione, la nazionalità francese e che siasi stabilito in Italia. Il suo domicilio è dunque in Italia; la sua nazionalità di fatto o sudditanza politica è nell'impero germanico; questi sono i due vincoli che potrebbero far dipendere il suo stato personale dalla legge di un territorio, la quale nel caso nostro sarebbe la legge del territorio germanico. Supponiamo pure che tutta l'Europa sia persuasa della coscienza nazionale francese dell'Alsazia-Lorena, e che l'Alsaziano stabilito fra noi abbia dovuto emigrare appunto per non aver fatto mistero in patria dei proprii sentimenti francesi: sarebbe possibile, in conseguenza del principio di nazionalità, di collegare il suo statuto personale alla legge del territorio francese cui per diritto astratto, in nome della legge imprescrittibile dell'umanità, quel fuoruscito sostiene che il suo paese appartenga? Chi potrebbe sognare un simile assurdo? I nostri magistrati, obbligati dalla nostra legge ad applicare a quello straniero stabilito fra noi la sua legge nazionale, gli applicheranno sempre come tale la legge germanica.

Che cosa deriva da tutto ciò? Che tutte quelle caratteristiche per le quali il principio di nazionalità nel diritto internazionale pubblico si distingue dall'ordine degli Stati costituiti, son caratteristiche perdute per quel principio tostochè si entri nel dominio del diritto in-

ternazionale privato. In questo ordine di rapporti, d'indole interamente positiva e concreta, quando si parla di principio di nazionalità, devesi dunque intendere, sempre, e senza eccezione, il principio di attuale sudditanza politica (1), o, come lo chiama il Pertile, di *statualità*. È ben vero però che un certo rapporto fra l'applicazione della legge civile del paese d'origine nei rapporti di diritto internazionale privato, e il principio di nazionalità considerato come elemento genetico degli Stati, non si può negare che esista. Infatti la legge civile del paese d'origine perchè potrà e dovrà seguire l'individuo dovunque si trasferisca? Perchè la si ritiene la più competente fra tutte le leggi civili particolari a regolare dovunque le attitudini giuridiche ed i rapporti di diritto di lui. E perchè apparisce la più competente? Perchè concepita e promulgata per la società cui quell'individuo appartiene come ad una grande famiglia, e pertanto corrispondente nelle sue varie disposizioni allo sviluppo fisico ed intellettuale ed alle attitudini psicologiche di lui. Ma tale corrispondenza fra la legge e le attitudini dell'individuo soggetto alla legge, esiste nello Stato nazionale; esiste cioè quando la collettività cui quell'individuo appartiene è un tutto organico anche indipendentemente dal costituire tutta insieme il substrato personale di uno Stato. Laddove tale caratteristica manchi e la pertinenza di un individuo ad uno Stato non sia che una accidentalità politica, quella corrispondenza immanente fra la legge e l'individuo soggetto alla legge vien meno, e vien meno con quella la base razionale dell'applicazione universale della legge civile vigente nel paese d'origine. È vero dunque che il principio di nazionalità non si può applicare nei rapporti di diritto internazionale privato se non in questo senso, che ciascun individuo sia seguito dovunque nei rapporti giuridici di indole personale dalla legge del paese d'origine. Ma è vero altresì che la precipua ragione per sostenere dal punto di vista dottrinale tale applicazione universale della legge d'origine, ad esclusione di quella del domicilio, vien meno ogni qualvolta quello Stato d'origine non sia costituito secondo il principio di nazionalità.

Dopo avere pertanto di tale principio determinata l'indole e segnati i limiti, resta a vedere l'influenza da esso esercitata nel sistema del Mancini.

(1) V. la distinzione dei due concetti in Romagnosi. Della cittadinanza e della forensità. *Opere*, ediz. cit., vol. VII, parte I, § 528, n. V, pag. 175, e § 544, pag. 183, 184.

202. — Dalle dottrine del Romagnosi (1) egli poteva attingere le migliori ispirazioni per difendere il principio di nazionalità come fondamento del diritto internazionale pubblico. Ma non pare che il Romagnosi potesse ispirargli l'adattamento e l'applicazione di quel principio ai rapporti di diritto internazionale privato. Anzi l'*Introduzione* di lui *allo studio del diritto pubblico universale*, dimostrerebbe, in quella parte che si riferisce al *Prospetto delle materie* e più specialmente alla *scienza del diritto delle genti*, che egli non seguisse un indirizzo chiaro ed imitabile, nè nella partizione sistematica di tutta la materia, nè nell'assegnare nel sistema il luogo più opportuno al diritto internazionale privato. Egli distingue infatti il *diritto delle genti, in generale e speciale alle società* (*o nazioni*) *agricole e commerciali*. Nel primo vorrebbe studiare l'ordine morale di natura circa gli attributi delle nazioni, le loro convenzioni, i loro rapporti normali pacifici, e i loro rapporti ostili. Nel secondo distingue i seguenti trattati: 1. Rapporti di dipendenza di una nazione ad un'altra; 2. Rapporti circa la sovranità territoriale e i possedimenti coloniali; 3. Dei principii e delle leggi di ordine riguardanti i rapporti economici; 4. Dei principii e delle regole di ordine riguardanti la dignità e l'estimazione fra le nazioni (diritto al rispetto, cerimoniale diplomatico); 5. Dei principii e delle regole d'ordine riguardanti le comunicazioni ministeriali ed ufficiali fra le nazioni (diritto diplomatico); 6. Dei principii e delle leggi di diritto fra le nazioni, riguardanti i rapporti di tutela esterna (tutela nei rapporti di pace, nella guerra e nel modo di condurla; nei trattati di pace).

Ora il Romagnosi vorrebbe dividere il 3° trattato in due sezioni, la prima delle quali comprenderebbe « i principii e le regole di reciprocazione fra due nazioni in materia di successioni, di abilitazioni, di possessi e di altri atti civili riguardanti il dominio delle cose a pro' dei rispettivi membri delle nazioni ». La seconda sezione si riferirebbe ai « rapporti commerciali propriamente detti sì di terra che di mare, tanto necessarii quanto volontarii, e tutte le connessioni che traggono seco ». Nel 6° trattato poi tratterebbe nella prima sezione, cioè in quella relativa ai principii pertinenti allo stato di pace, « della società fra le nazioni e delle corrispondenze reciproche sopra questo oggetto » e « della tranquillità interna degli Stati rispettivi; come, ad esempio, dei vagabondi, dei male intenzionati, dei fuggitivi dagli altri

(1) V. pag. 123-127.

Stati, e delle reciprocazioni per la consegna dei delinquenti ». Ora in tutto ciò è dato notare, in una sistematica alquanto confusa e difettosa, una parte assegnata dal Romagnosi nel proprio disegno così al diritto internazionale privato, come a quello penale, come infine a quello che oggi si dice diritto amministrativo internazionale. Ma di un adattamento del principio di nazionalità a principio regolatore del primo non si potrebbe parlare. Anzi il ripetuto accenno fatto da lui alla *reciprocazione fra le nazioni* indica come egli volgesse la mente al concetto del tutto diverso della *comitas* e della reciprocità, ogniqualvolta trattasi di diritto internazionale privato.

203. — Lo stesso Casanova, che vedemmo con quanto entusiasmo proclamasse nei rapporti di diritto pubblico l'idea della nazionalità, non fa che poca parte alla sudditanza politica nei rapporti del diritto privato. Anzitutto il suo sistema ha in questa parte un grave difetto di origine (1). Egli comincia coll'ammettere in via di diritto l'autorità legislativa spettante esclusivamente ad ogni Governo anche per regolare lo stato e la capacità di tutte le persone straniere che si trovano nel suo territorio; e deriva il riconoscimento delle leggi straniere dal consenso espresso o tacito dello Stato, determinato *ex comitate, ob reciprocam utilitatem*. Nei limiti di tale territorialità temperata dalla *comitas*, egli ammette la distinzione degli statuti in personali, reali e misti, aggravando così il difetto fondamentale con un altro difetto di organamento e di metodo. Nello sviluppare questo principio egli giunge alla sola conclusione soddisfacente di far dipendere lo statuto personale dalla legge nazionale limitata nei suoi effetti dall'ordine pubblico degli altri paesi, e di far dipendere l'esecuzione delle sentenze civili estere dalle stesse condizioni che sono state poi richieste per la delibazione dal Codice italiano, escludendo ogni revisione sul merito della causa. Conserva invece la distinzione di mobili e d'immobili, regolando questi secondo la legge territoriale e quelli secondo la legge personale del proprietario; ed, estendendo tale distinzione alla successione, vi ammette, quando si tratta di immobili, tante successioni quanti sono i paesi dove gli immobili sono situati. Anzi, in questo senso, egli avea pronunciato una decisione concreta nel 1859 insieme coll'avvocato Paolo Castiglione a proposito della eredità del marchese Domenico Pallavicini, morto in Genova lasciando immobili in Piemonte, in Lombardia, in Romagna, in Toscana e nel Parmigiano.

(1) Casanova, l. c., vol. II, *Diritto int. privato*, pag. 193 e seg.

204. — Nè dove il Casanova non era giunto, arrivava il Rocco, quantunque quest'ultimo dedicasse un lavoro sistematico e per molti rispetti completo al diritto civile internazionale (1). Notevoli sono i pregi di quest'opera, che ha preceduta di dodici anni quella del Savigny, di sei quella del Wächter e di cinque quella dello Schäffner. L'autore vi studia con ampiezza tutti i rapporti di diritto internazionale privato e cerca di ridurli a sistema; e quantunque (2) prenda le mosse dal diritto positivo del regno delle Due Sicilie, non perde mai di vista i concetti più generali, sicchè l'opera di lui non è un commento ma un vero trattato, dove l'autore, come disse il Portalis, « ramène sans cesse à la loi par l'esprit de la loi » (3).

Il trattato del Rocco si può ancora studiare e consultare con profitto; ogni questione vi è trattata con acume; a molte è data la soluzione più retta. Della sua indipendenza e rettitudine di giudizio è prova, ad esempio, quanto egli dice circa la competenza dei magistrati di un paese a giudicare di questioni di stato personale interessanti stranieri (4), e circa gli effetti della violazione di una legge straniera da parte del magistrato (5). Gli argomenti ch'egli adduce in favore della assimilazione della legge straniera alla legge nazionale quanto agli effetti della erronea applicazione o della violazione per opera del magistrato che dovrebbe applicarla, delle norme in quella contenute, si possono citare ancora da chi sostiene per tali casi il ricorso in Cassazione, ogniqualvolta il magistrato, avendo voluto o preteso applicare, in un caso concreto la disposizione di una legge straniera, non l'abbia poi effettivamente applicata.

E per un altro rispetto ancora il Rocco correggeva la dottrina prevalente al suo tempo: mercè del concetto, cioè, che si era formato del diritto internazionale privato e del suo fondamento giuridico. Nel diritto internazionale privato, egli ravvisa non già soltanto un ramo del diritto privato, bensì anche una parte del diritto pubblico inter-

(1) Rocco, *Trattato di diritto civile internazionale*. Livorno, Fabbreschi, 1859; 1ª ediz., Napoli, Tipografia del Guttemberg, 1836.

(2) Prefazione, pag. 14, 15. La dottrina dell'autorità delle leggi nostrali su le persone e sul territorio degli esteri, non importa sol meramente e semplicemente adattarla alle relazioni fra i cittadini e i forestieri; essenzialmente induce, e ad ogni passo, il continuo e costante ritorno ai principii della ragion naturale delle genti.

(3) Portalis, *Rapport à l'Académie des sciences morales et politiques*, 14 e 21 maggio 1842; *Mémoires*, ecc.

(4) Libro II, capo 29, ediz. cit., pag. 343-351.

(5) Libro I, capo 25, pag. 206-208.

nazionale. Infatti afferma che esso « riflette nel tempo stesso tre ordini di cose: la sovranità degli Stati stabilendo i termini del loro potere e l'uso reciproco e l'autorità delle leggi sul territorio e sugli altrui soggetti; la giurisdizione e la maniera di giudicare intorno alle persone straniere; e le bisogne civili dei privati, sì cittadini, sì forestieri » (1). Le regole del diritto internazionale privato non sono poi considerate tutte da lui come norme di diritto volontario, ma loro unica ispirazione e giustificazione pare al Rocco la *comitas gentium*. « A cagione, egli dice (2), della condizione in cui i diversi popoli si truovano l'uno rispetto all'altro, e per lo bene delle vicendevoli loro faccende, *la natura mutuamente raccomanda e ingiugne* l'osservanza di alcuni uffizii, e permette l'esercizio di taluni diritti, onde grandissima parte ridonda di universale utilità ». Perciò, rispetto a ciascuno Stato, egli da prima « vuol stabilire le vere e positive ragioni, ond'è a ripetere la forza e l'autorità di leggi non sue ».

Altrove (3) così egli si esprime circa il fondamento delle norme di diritto internazionale privato: « Quantunque il diritto delle genti, che necessario dai giuspubblicisti si appella, non ordini questa vicendevole applicazione e autorità delle leggi di uno Stato sul territorio dell'altro e nessuna primitiva obbligazione strigne le nazioni a riconoscere provvedimenti stranieri; nulla però di meno il diritto delle genti volontario, il quale intende alla perfezione progressiva dei popoli, ciò altamente richiede. Lo stato delle attuali relazioni dei popoli deve far tollerare questo sacrifizio delle politiche prerogative, per ergere così sul fondamento della mutua benivoglienza, il grande edifizio della prosperità comune. A mantenere infra le genti un'amica alleganza, e le spignere al reciproco soccorso, di che cadauna in suo pro' respettivamente s'aiuti, sonosi alcune istituzioni adottate, le quali vie più rafforzano il legame della società universale ». Ma, se qui accenna ancora ad una giustificazione di opportunità analoga alla *comitas gentium*, soggiunge poi che l'efficacia extraterritoriale di talune leggi, ad esempio di quelle personali (4), « discende da più alti principii, non è l'effetto del puro diritto internazionale volontario, ma è ancora richiesta dalla natura stessa delle cose, *è l'opera del diritto necessario delle genti* ».

(1) Rocco, *Prefazione*, pag. 16, 17.
(2) *Prefazione*, pag. 14 e 15.
(3) Libro I, capo XX, pag. 166.
(4) L. c., pag. 167.

Mentre il Rocco intuisce e dimostra la esistenza di un principio giuridico assoluto alla base del diritto internazionale privato, egli però non sa poi nè concretamente concepire nè esattamente determinare un principio diverso dalla dottrina degli statuti. « L'uomo ha una triplice relazione colla legge; lo stato della persona, il possedimento dei beni, e le proprie azioni, costituiscono altrettante ragioni, per cui l'imperio di quella sperimentiamo » (1). Queste tre relazioni fanno sì che « il diritto civile d'ogni nazione si viene insino ad un certo punto istendendo anco fuori della cerchia del suo territorio, e aspira ad un necessario cosmopolitismo » (2).

Questo fine riconosciuto al diritto internazionale privato, e quel nesso determinato fra i rapporti giuridici e le varie leggi territoriali, inducono il Rocco a formulare come primo principio di tale scienza il seguente: « il domicilio, la situazione dei beni e la residenza in un certo luogo, tutta determinano la soggezione dell'uomo rispetto alle leggi dei diversi paesi » (3). Ma questo non è, a dir vero, un principio supremo che, come afferma il Rocco, governi tutta la materia; bensì riducesi al parallelismo di due principii, lo statuto personale e quello reale, senza che si veda bene quale altro concetto a quelli superiore, alternatamente li faccia prevalere e li governi.

La dottrina di lui, fra le statutarie, è semplificata perchè egli non forma una speciale categoria cogli statuti misti, ma segue Paolo Voet (4) nel riprovarla « perchè gli statuti, riguardati obbiettivamente, di necessità si debbono riferire o alla personalità o alla realità; e se alcuna fiata sembra che la legge senta ad un'ora un po' dell'una e dell'altra, fa uopo considerare quale predomini, se la personalità o la realità ». Ma, pur soppressa la categoria degli statuti misti, resta un sistema fondato sulla distinzione degli statuti, e pertanto su due principii fondamentali, il cui contrasto ingenera sovente incertezza e confusione. Se ad un principio unico si volesse ridurre la dottrina statutaria del Rocco, così com'egli la espone e la giustifica (5), quel principio non potrebbe essere se non quello formulato dallo Schäffner; ma il Rocco nè lo enuncia, nè implicitamente vi accenna. E poichè tale non è la formula: « il domicilio, la situazione dei beni e la

(1) Libro I, capo I, pag. 20-22.
(2) Libro I, capo XXVI, pag. 205.
(3) Libro I, capo II, pag. 24.
(4) L. c., pag. 34.
(5) Libro I, capo XXI, pag. 170.

residenza in un certo luogo, tutti determinano la soggezione dell'uomo rispetto alle leggi dei diversi paesi », a ragione il Mancini (1) poteva lamentare « che il lavoro del Rocco mancasse di questa sintesi ultima, che è necessaria ed essenziale ».

205. — Ond'è che per l'azione concomitante, e non governata da un principio superiore, dagli statuti personali e reali, l'efficacia estraterritoriale della legge, e quella stessa dello statuto personale, e in genere il regolamento uniforme dei rapporti giuridici, ne risultano di gran lunga limitati, e non poca confusione ne deriva. A determinare l'attitudine territoriale od estraterritoriale della legge, non vale, secondo il Rocco, la competenza del legislatore d'un paese prevalente su quella degli altri legislatori per effetto o dell'indole o dell'origine del rapporto giuridico, ma deve valere sopratutto « la materia che forma il soggetto della legge » (2). « Talmentechè, nè le ragioni onde ella muova, nè le persone le quali cadano sotto la mano di lei, si vogliono d'alcuna guisa considerare. S'è lo stato e la qualità della persona che solamente forma lo scopo della disposizione, la legge senza alcun dubbio s'avrà il carattere della personalità; la legge reale poi è quella che riguarda principalmente le cose e non dispone che intorno ad esse, o fosse che facesse menzione delle persone o fosse che no. E questo perchè è mai sempre l'obbietto diretto e precipuo della disposizione che si deve considerare ». Da ciò deriva una frequente difficoltà di determinare se sia precipuo l'obbietto personale o quello reale della disposizione di legge, difficoltà a superare la quale non basta la « sottile ed acuta inquisizione » invocata dal Rocco. E ancor ne deriva che un solo istituto sia per qualche rispetto regolato dall'unica legge personale delle parti o di una di quelle, e per altri rispetti regolato da tante leggi quanti sono i paesi dove le cose cui quel rapporto si riferisce, siano situate. Così avviene nel regolamento delle successioni in tutto quanto si riferisce agli immobili a quelle pertinenti. È vero che il Rocco definisce come leggi reali « quelle che dispongono sui beni indipendentemente dalle persone, poichè i beni vuolsi che retti siano secondo la legislazione del luogo ove son siti » (3). Ma poi egli attribuisce la legge delle successioni alla categoria degli statuti reali, dimostrando una volta di più quanto più

(1) *Esame dell'opera di N. Rocco* nel *Rendiconto* della R. Accademia delle Scienze di Napoli, anno 1843, fasc. 7.
(2) Libro I, capo II, pag. 26-29.
(3) Libro II, capo III, pag. 225-231.

facile sia formulare genericamente di quello che concretamente applicare la distinzione degli statuti.

La realità dello statuto delle successioni è sostenuta da lui come di diritto comune. « Qui, egli dice (1), il diritto è più in rapporto coi beni che con la persona, mercè che regge non la condizione e lo stato della persona, ma il destino dei beni, e il modo come trapassan quelli del moriente al superstite (2). E per questo rispetto la legge positiva, avendo per obbietto suo principale i beni e non la persona, riveste ella naturalmente il carattere di legge reale, e pertanto a nessun'altra signoria s'aspetta di promulgarla se non fosse alla signoria del luogo in cui giace la materia della legge medesima, cioè i beni intorno ai quali ella dispone ». Anzi tale regola trova applicazione anche rispetto ai beni mobili, perchè se questi sottostanno alla legge del proprietario « n'è cagione, non il principio della personalità della legge, ma che tai beni per loro natura non avendo una sede fissa e permanente al par che gli immobili, si è dovuto per necessità farli pedissequi della persona », cioè assoggettarli al diritto della loro situazione legale.

Nè pago di ciò, il Rocco sostiene che « l'utilità pratica dello statuto reale in materia di successione, non è meno spiccante della stessa ragionevolezza del principio speculativo della teorica medesima »; e quando nell'ottavo volume del Savigny fu sostenuta così validamente l'unità della successione e il suo carattere personale, il Rocco nelle successive edizioni della propria opera imprese a combatterla (3). Nè egli che combatteva la soluzione preferita dal Savigny, non meno invocando la opportunità pratica che la persuasione razionale, comprende poi quanto invece e l'una e l'altra suffraghino piuttosto la soluzione contraria alla sua, e quanto da questa derivino soluzioni frammentarie e contraddittorie. La capacità di testare gli pare stabilita da uno statuto personale quando la legge « lo ponga in stretta relazione collo stato e la condizione personale tanto che essa ne risulti come una conseguenza » (4). La stessa capacità s'intenderà regolata da uno statuto reale quando la legge non frapponga questa relazione.

Da ciò deriva che dalle espressioni preferite dal legislatore sia determinata l'indole reale o personale della legge, e che talora l'indole

(1) Libro I, capo XXIII, pag. 197-199.
(2) Cfr. col Wächter, vedi n° 172, pag. 68-71.
(3) V. pag. 195 e nota.
(4) Libro III, capo XXIII, pag. 586-587.

ne possa variare altresì secondo l'interpretazione che ne possa fare il commentatore ed il magistrato. Così la capacità di testare dell'intero patrimonio messa in relazione colla maggiore età come una conseguenza, produrrà i suoi effetti anche fuori del territorio e dovunque la persona di cui si tratta possieda beni. « Per lo contrario (1) la facoltà di testare della metà di quel che può disporre il maggiore di età, stabilita in favor dei minori all'età di sedici anni, poichè non ha relazione con lo stato della persona del minore, non si distende ai beni siti nei paesi altrui ». Ora è appunto la realità dello statuto che si tratterebbe di dimostrare; ma il Rocco non la ha dimostrata in questo secondo caso, nel quale le ragioni del legislatore non sono diverse nè meno personali nello stabilire una capacità limitata, di quello che non siano nello stabilire, rispetto al maggiore di età, una capacità completa. Lo stesso dicasi di certe incapacità particolari di disporre e di ricevere per testamento; come quella del minore che non può disporre in favore di colui che è stato suo tutore, nemmeno dopo uscito di minore età, se prima non sia stato reso e liquidato il conto della tutela; e come quella dei medici che hanno assistito un malato, i quali non possono trar profitto dalla disposizione fatta in loro favore durante l'ultima malattia. Il Rocco ascrive tali disposizioni alla categoria degli statuti reali rispettivamente vigenti dove le cose sono situate e non efficaci fuori del territorio del legislatore rispettivo. E ciò ritiene (2) perchè « da cosifatte disposizioni non ne viene propriamente affettato lo stato della persona d'un modo generale ed assoluto, e perchè nell'obbietto primario di quelle disposizioni entrano meno le considerazioni della persona che dei beni e dell'alienazione divietata dei beni medesimi; e conseguentemente si vuol trarre appresso non alla legge del domicilio, bensì alla legge della cosa sita ». Ora, anche in questo caso, è appunto tale conclusione ciò che bisognava dimostrare e non è stato dimostrato; anzi è evidente che, pur ragionando secondo la distinzione degli statuti personali e reali, è ai primi e non ai secondi che si potrebbero ascrivere in modo più persuasivo quelle disposizioni.

Ma allorchè pur non esista dubbio circa la realità dello statuto, quanto alla materia della quale la legge dispone, non è quella una buona ragione per ritenere tale statuto territoriale nel senso che non possa esercitare la propria efficacia fuori del territorio dove impera il

(1) L. c., pag. 586.
(2) V. pag. 587.

legislatore che lo ha emanato, e dove esistono le cose delle quali è stato disposto. Invece appunto ciò ritiene giusto ed opportuno il Rocco insegnando (1) che « la disposizione dei beni è retta dalle leggi del luogo ov'essi sono siti », poichè, « s'aspetta alla sovranità di ciascun paese di governar il modo come si possedono e trasmettono le cose le quali si trovano nel territorio ». Nè v'è chi non veda quanto da ciò resti alterata e diminuita in materia di successioni quella universalità dello statuto personale, governato dalla legge del paese cui appartiene la persona, che pur il Rocco aveva prima ammessa ed insegnata (2). Sicchè quando egli insegna (3) « come principio indubitato, che le qualità personali, una volta legittimamente nel regno appiccate agli individui, sono permanenti e indelebili in tutti i luoghi », espone una regola che nella pratica del suo sistema risulta di molto limitata e diminuita.

Così avviene quando, a proposito dell'usufrutto legale dei genitori sui beni della prole, egli scrive che « l'usufrutto è un effetto reale dello statuto, non riguarda per nulla lo stato della persona, e sotto questo rapporto non può essere conferito che dalla legge del luogo dove son siti i beni sopra cui si pretende » (4); e conchiude: « Insomma, lo statuto del domicilio ne dà l'attitudine a goderlo; lo statuto della situazione dei beni il concede realmente e ne governa le condizioni ».

206. — Pur così limitata nei proprii effetti, la legge personale non è fatta dipendere, secondo il Rocco, dalla origine della persona, ma dal domicilio; e, paragonando fra loro questi due vincoli alla legge di un territorio, egli non li confonde, come talora parrebbe, ma preferisce, distinguendoli, il secondo alla prima.

Infatti, considerando il caso di chi si trasferisce da un paese ad un altro, egli ritiene che « gli statuti personali di quest'ultimo paese, riflettono anche quello straniero ammesso a stanziarvi, quando abbia, trasferendovisi, abbandonato l'antecedente domicilio ». Ed esclude che in tal caso, esistendo contemporaneamente per la medesima persona il vincolo della cittadinanza in un paese e quello del domicilio in un altro, debbano, quanto allo stato di lei, prevalere gli statuti della patria; ma conclude che sia « sempre agli statuti del luogo ov'è

(1) L. c., pag. 587-588.
(2) V. pag. 586, 599 e 645, nota.
(3) V. pag. 599.
(4) L. c., pag. 601.

il domicilio civile, che aspettar si debbe il reggimento della condizione personale degli uomini, ancorchè si serbi la nazionalità in alieno paese » (1). Ciò è opportuno notare perchè dandosi la maggiore importanza dal Rocco al domicilio d'origine, e richiedendosi da lui altre condizioni oltre alla dimora, per la costituzione di un nuovo domicilio (2), pare talora che il domicilio da lui assunto a centro e sede dello statuto personale, coincida in realtà colla cittadinanza. Ma se ciò avviene di frequente nell'ordine dei fatti, essendo normale il caso che si serbi la dimora e il centro dei proprii affari nel paese dove si è nati, non può dirsi che sempre avvenga così in via di fatto, nè che nella dottrina del Rocco l'un concetto coincida coll'altro (3). Secondo la dottrina di lui (4) « la condizione degli stranieri ammessi dal Governo a fermare qui il loro domicilio, è regolata dalle leggi dell'antico domicilio o del nuovo, secondo che nella loro patria o nel regno abbiano essi il principale loro stabilimento ». In che i due concetti sono divergenti. Così nel giudicare della capacità di contrarre matrimonio, si deve ricorrere alla legge rispettivamente vigente al domicilio dei due coniugi. Ed è ben naturale che frequentemente questo coincida colla cittadinanza rispettiva. Ma il Rocco non confonde i due concetti; infatti, dopo avere ricordato che lo stato e la capacità dei coniugi devono reggersi unicamente dalle leggi del domicilio matrimoniale, ne deduce l'applicazione delle leggi delle Due Sicilie, nel caso « che il marito fosse nazionale, ovvero uno straniero aventesi il domicilio nel regno ». E tosto ricorda come sia « un principio generale, in fatto di cangiamento di domicilio, dover le leggi del novello prevalere su le leggi dell'antico » (5). Trattando poi di proposito, degli effetti legali del mutamento di domicilio (6), insegna che « chi ha il domicilio in un certo luogo, v'occupa un grado intermedio fra lo straniero semplicemente residente e il nazionale, e viene per molti versi appareggiato al cittadino, massime per quel che concerne lo stato e la condizione della persona ». « Laonde », egli conclude, « lo stato e la condizione personale degli

(1) Libro II, capo XI, pag. 277, 278 e 279.
(2) Libro II, capo XII, pag. 282-284 a proposito delle persone nate nel territorio del regno da stranieri alle quali è attribuito non già il domicilio del paese della nascita, ma quello dei proprii genitori.
(3) Libro III, capo XXIX, pag. 628.
(4) Libro II, capo XII, pag. 282.
(5) Libro III, capo XX, pag. 555 e 557.
(6) Libro III, capo XXIX, pag. 627-630.

uomini si cangia mutando il domicilio, salvo soltanto il rispetto dei diritti acquisiti prima di quel mutamento » (1). « Gli stranieri possono abbandonare l'attuale domicilio per stabilirlo fra noi; per ciò in loro si produce la pienezza di soggezione alla potestà del regno, essendo lo stabilimento del domicilio in un certo luogo, la più importante ragione per cui ci rendiam soggetti alle leggi locali. Perchè d'allora in poi, i forestieri, non solo per i beni che avessero nel territorio del regno e per le azioni che vi praticassero, ma per lo stato ancora e la condizione delle loro persone, van sottoposti alle leggi nostrali » (2).

Lo statuto personale è dunque, nella dottrina del Rocco, dipendente dal domicilio e non dalla cittadinanza. Ogniqualvolta questa e quello non coincidono, al primo è attribuita da lui la prevalenza nel determinare lo statuto personale. Essenzialmente mutabile, in modo indipendente dalla sudditanza politica degli individui, lo statuto personale non può spiegare con universale unità la propria efficacia nei riguardi della proprietà immobiliare situata in varii territorii. E pertanto, quantunque i pregi del Rocco siano notevoli, sopratutto quanto all'ampiezza ed al metodo del suo trattato, e quanto all'esame particolare di molte questioni, non era dall'opera di lui che il Mancini potesse trarre l'ispirazione, nè della universale efficacia della legge personale, nè della sua dipendenza esclusiva dal diritto dello Stato cui la persona politicamente appartiene.

207. — Il Rocco anzi, nonchè precorrere gli altri nella proclamazione di tali principii, non ha saputo nemmeno indursi ad adottarli quando altri li aveva già proclamati e difesi e quando già erano stati accolti nella legge del nostro paese. In una *Memoria* presentata nel 1865 alla Reale Accademia di Napoli, egli plaudiva al nuovo Codice civile italiano che « con nobile esempio ed imitabile, ha ammesso senz'alcuna condizione gli stranieri all'esercizio dei diritti civili » (3). Ma del resto, anche in quella *Memoria* il Rocco riproduce sostanzialmente la dottrina che prima aveva professata nelle varie edizioni del

(1) Lib. III, capo XXIX, pag. 627-630 e capo XXXI. — V. al capo XX, pag. 560-562, l'ammissibilità del divorzio fatta dipendere dalla legge iniziale del matrimonio, senza chiarire quale ostacolo possa opporvi nel caso affermativo la legge del nuovo domicilio che lo vieti.

(2) Libro III, capo XLII, pag. 706, 707.

(3) Rocco, *Del sommo principio del diritto privato internazionale*. — Società Reale di Napoli; Atti dell'Accademia di scienze morali e politiche, vol. II. Napoli 1865, Dissertazione III, pag. 180, nota.

proprio *Trattato*. Base del suo sistema resta sempre la dottrina degli Statuti; ed egli vi insegna ancora che « il domicilio, la possessione dei beni e la perpetrazione di taluni atti, son le tre grandi ed immense sorgenti che pongon l'uomo in relazione con la legge » (1). Critica anzi « quei giuristi tedeschi dell'età moderna i quali si mostrano schifiltosi a riguardo della dottrina delle leggi personali e reali, a segno che han tentato di fin espellerla dalla scuola teorica » (2). Tale bando « dato alla dottrina delle leggi personali e reali », produce a di lui avviso « il regresso dello scibile internazionale » (3). L'abbandono della dottrina degli statuti da parte del Savigny pare al Rocco un motivo di biasimare quel grande giureconsulto anzichè un titolo d'onore; e concludendo, riafferma « che la divisione delle leggi personali e reali, lungi d'esser un inutile sopraccarico della scienza, è anzi un efficace ordigno di che la giureprudenza universale tuttodì si serve ad eliminar un gran numero di malagevolezze nella vita pratica dei popoli » (4).

Il criterio a distinguere in tal guisa le leggi, è fornito dalla materia che forma il loro soggetto; e tale criterio incontra nella pratica le stesse difficoltà cui si è già accennato parlando dei luoghi corrispondenti del *Trattato* (5). Opportunamente accenna poi il Rocco ai limiti di ordine pubblico; ed in ciò riesce, quanto a precisione, non inferiore, ma piuttosto superiore a molti degli scrittori contemporanei (6).

Rispetto alla realità di tutte le leggi relative ai beni in genere

(1) L. c., Dissertazione III, pag. 153.
(2) L. c., pag. 161.
(3) L. c., pag. 162, 163.
(4) L. c., pag. 169.
(5) V. pag. 145-147.
(6) Memoria cit., pag. 174: Or v'ha di taluni istituti civili e politici, cui uno Stato non saprebbe abdicare, nè anco affievolir d'energia, o rappiccolir d'estensione, senza paventar la destruzione della stessa società. La conservazione del proprio essere è la legge suprema di ogni ente..... Se non che quei dati casi è d'uopo che siano di cotal tempera che costituiscano una ragion di vero interesse, come a dir d'economia generale e di moralità pubblica. Il che alfin riducesi a ciò ch'è un pronunziato del giure universale, che la ragion dei privati non possa nè debba apportar detrimento alla ragion della cosa pubblica..... Pag. 175: Di leggieri si risponderebbe che in su la ragion dei privati, cittadini od istran che fossero, primeggia una ragion superiore, la ragion dello Stato..... Pag. 176: La ragion è, che, a petto dell'interesse privato delle parti, che vorrebbe tutt'altro, istà l'interesse maggiore dello Stato che addomanda il mantenimento inflessibile del proprio politico istituto.

ed in particolare di quelle relative alle successioni, il Rocco non aveva abbandonata nel 1859 la dottrina già sostenuta nel 1836 (1). Alla stessa dottrina egli attenevasi nel 1865. Nè maggior influenza del Savigny nell'ordine dottrinale (2), esercitava sul Rocco nell'ordine dei fatti, il titolo preliminare del Codice italiano. Egli che citava a titolo d'onore questo Codice parlando dell'eguaglianza fra cittadini e stranieri nell'esercizio dei diritti civili (3), si asteneva poi dal ricordarne con plauso le disposizioni relative alla personalità delle leggi successorie.

Quando trattisi della possessione dei beni, non è più (4), a di lui avviso, « l'individuo che si considera, anzi egli sparisce allorchè vuolsi determinare i diritti e le obbligazioni reali, i quali si fondano sulla proprietà prescindendo dalla qualità delle persone ». In questo caso egli giudica che « la relazione trascorra sol dalla legge alle cose su di che cade il suo dettato ». Ed è perciò che il Rocco critica, come avea già fatto nelle ultime edizioni del suo Trattato, la dottrina del Savigny relativa al diritto di successione « che il citato scrittore (5) vien allogando sotto la categoria della legge del domicilio del defunto d'una maniera onnimoda e generale ed assoluta per tutta ragion di beni mobili ed immobili, senz'alcuna dipendenza dalla legge del territorio della situazione della cosa ». Pare al Rocco che, così giudicando, il Savigny sia in grave errore, che « scambii i rapporti giuridici delle cose e veda il rispetto della personalità dov'è il rispetto della realità; e ponga in compromesso una rilevante parte delle discipline giuridiche atteggiate a reggere e governar le bisogne degli individui attenenti alle diverse nazionalità ». Ed egli ne conclude la critica affermando che « se tale concetto potesse prevalere, la teorica relativa alla realità dello statuto, con grave disordine delle cose sociali sofferirebbe un non ammissibile diffalco nelle più conspicue e concrete applicazioni » (6).

Nè maggiore influenza esercitano sul Rocco le dottrine professate in Italia ed accolte nel Codice civile, quanto al prevalere della legge nazionale nel regolare lo stato e la capacità della persona (7). Egli

(1) V. sopra pag. 145, 146.
(2) V. pag. 146, 7.
(3) V. pag. 150, 1.
(4) Memoria cit., pag. 157, 158.
(5) L. c., pag. 165, 166.
(6) L. c., pag. 166.
(7) V. pag. 148, 9.

continua pur sempre a far dipendere lo statuto personale dalla legge del domicilio e ad affermare che « questo fontalmente determina la primiera e più importante relazione dell'uomo con la legge, e che alla potestà del luogo, ove quello è sito, unicamente s'aspetta il diritto di reggere e governar lo stato delle nostre persone » (1).

208. — Due punti, che però non mutano sostanzialmente i caratteri distintivi della sua dottrina, sono meglio determinati dal Rocco nella Memoria del 1865 che non fossero nelle varie edizioni del *Trattato di diritto civile internazionale:* quelli cioè che si riferiscono alla *comitas gentium* (2) ed al principio fondamentale del diritto internazionale privato.

Nello sviluppo progressivo delle relazioni private internazionali egli ravvisa l'origine effettiva e la pratica necessità della *comitas gentium*, considerata come fattore primordiale del diritto internazionale privato (3). Ma nel tempo stesso egli considera come certo, un successivo stato più perfetto delle relazioni internazionali, nel quale sia ammesso generalmente il principio della eguaglianza morale di tutte le nazionalità (4). Il momento storico nel quale un tale principio di eguaglianza si manifesti e si affermi nella coscienza giuridica di un popolo, non può essere preveduto e determinato con precisione. Ma è certo che quel principio corrisponde ad uno stadio elevato del progresso civile e della coscienza collettiva. Il Rocco s'avvede che da quel principio deriva un concetto analogo a quello della *comunità del diritto*, quale il Savigny l'aveva formulata (5). Ed ammesso un tale principio, egli pure comprende (6) che non più soltanto un fine di

(1) Memoria cit., pag. 156, 157.

(2) V. pag. 142, 3.

(3) Memoria cit., Dissertazione II, pag. 143.

(4) L. c., pag. 135, 136.

(5) L. c., Dissertazione I, pag. 130, 131, 132.

(6) L. c., Dissertazione III, pag. 153. Se le nazionalità, prese collettivamente, in fra di lor convivono come altrettante personificazioni morali nella comunione della ragion naturale delle genti, gli individui, nella sfera del diritto privato, trattano fra di loro come se appartenessero alla cittadinanza medesima. Puossi dire che nell'unità della comunione civile insin ad un certo segno iscomparisca il concetto della varietà nazionale. La quale formola risponde all'altra più generale, che il vario delle nazionalità si fonde nell'uno dell'umanità. Onde generasi la vera città universale di tutti gli uomini. E per di più veramente, la socialità di tutto il genere umano, cui lo sperpero delle nazionalità presuppone e non annulla, da niun altro lato si fa più sfolgorante quanto dal lato del giure privato internazionale, esplicato per il suo sommo principio scientifico.

opportunità pratica, ma una vera necessità morale ispira le regole di diritto internazionale privato (1), considerate ormai come leggi « della città universale del genere umano » (2). Egli pertanto, pur non cessando di ammettere che originariamente è il concetto della *comitas gentium* che persuade i singoli Stati ad accogliere ed a praticare talune regole di diritto internazionale privato, concepisce però e giudica immancabile una successiva condizione più perfetta di convivenza internazionale nella quale, praticando quelle regole, ogni Stato « sa di non far gettito di alcunchè delle sue prerogative, ma di obbedire anzi alla voce prepotente della suprema ragione delle cose » (3).

La *comitas gentium* gli appare dunque precipuo fattore del diritto internazionale privato nelle sue origini come diritto positivo, e nei primi stadii del suo sviluppo. Col procedere di tale sviluppo la storia ha in serbo un periodo di maggior perfezione che il Rocco (4) definisce come quello « *della* solidarietà del diritto che fonde le diverse cittadinanze dal lato giuridico ed emana sanzioni costanti ed eguali per tutti ». In questo terzo periodo dello sviluppo del diritto internazionale privato « le nazioni infra di lor conviventi in un ambiente civile comune son solidali nell'applicazione del giure, ed una morale e politica obbligazione le strigne al migliore e più liberal trattamento della peregrinità » (5). E poichè egli credeva che « il periodo della reciprocazione si trovi oggimai in quell'istante fatale ch'è destinato di cessar per cedere il posto all'altro della solidarietà » (6), ne segue che del diritto internazionale privato contemporaneo e dei suoi immediati sviluppi, egli non riconosca più come unico principio genetico la *comitas gentium*, ma bensì un principio immanente giuridico e morale, analogo piuttosto a quello che informava nel *sistema* del Savigny la *comunità del diritto*.

Tale principio di solidarietà deve, nel sistema del Rocco, come già in quello del Savigny, trovare la espressione concreta d'una regola

(1) L. c., Dissertazione I, pag. 132. L'inesorabile e perpetua ed universale unità della ragion filosofica, sopperirà abbastanza alla varietà della ragion legale. Talmentechè la ragion filosofica, soprastando alla ragion legale dei diversi popoli, empierà la funzione internazionale..... moralizzando la preminenza della ragion legale d'uno Stato sopra quella d'un altro.

(2) L. c., Dissertazione III, pag. 159.

(3) L. c., pag. 161.

(4) L. c., pag. 179.

(5) L. c., pag. 179, 180.

(6) L. c., pag. 180.

fondamentale di competenza, cui poter attingere di caso in caso l'indicazione della legge applicabile. Una regola di tal fatta mancava nel *Trattato* del Rocco (1) e il Mancini notava tale difetto traendone argomento di critica (2). Il Rocco intendeva appunto ripararvi colla *Memoria* del 1865, che intitolava: *Del sommo principio del diritto privato internazionale*. Egli riconosceva l'insufficienza « del principio della reciproca compiacenza » (3); ammetteva che della scarsità di progressi uniformi fatti dalla stessa scienza del diritto privato internazionale « è stato cagion il bilicar che fassi medesimamente d'intorno al primo principio costitutivo di quella » (4); e non esitava, nella terza delle dissertazioni in cui dividesi la sua *Memoria*, a prescegliere come sommo principio del diritto internazionale privato quello già formulato dallo Schäffner (5): « Ogni rapporto giuridico come tale vada di necessità determinato e qualificato e caratterizzato e sancito dalla legge del territorio dove il rapporto medesimo sortisce il suo nascimento » (6). Così il Rocco nella sua *Memoria*, aggiungendo che « è illegittima ed irragionevole l'autorità della legislazione che non ha veduto germinar nel suo territorio e sotto la sua mano e sotto gli auspizii suoi disvilupparsi i rapporti giuridici ».

Questo è, secondo il Rocco, « il sommo principio regolatore di tutto il giure privato internazionale (7); principio che sgorga dalle eterne scaturigini della ragion filosofica, non iscema la signoria di veruna legge, non sconturba la sovranità di verun paese » (8). Ma poichè questo principio deve poi atteggiarsi in ispecie « a mantenere la preminenza d'una data legge particolare, avendo riguardo alla qualità specifica dei rapporti che occorrono », il Rocco, nel fare tale determinazione, ricade, come già nel *Trattato*, nella distinzione degli statuti personali e reali (9). Ed a questa partizione attribuisce mag-

(1) V. pag. 143, 4.
(2) V. pag. 145, nª 1.
(3) Memoria cit., Dissertazione II, pag. 145.
(4) L. c., pag. 147.
(5) V. sopra pag. 28.
(6) Memoria cit., Dissertazione III, pag. 150, 151; cfr. sopra, pag. 139.
(7) L. c., pag. 152.
(8) L. c., pag. 152 e 177.
(9) L. c., pag. 153. Il domicilio, la possessione dei beni e la perpetrazione di taluni atti son le tre grandi ed immense sorgenti che pongon l'uomo in relazione con la legge. È mestieri che l'idealità del giure s'incarni in codesta trinaria forma essoterica, perchè si venga realizzando negli ordini privati della vita internazionale dei popoli.

giore importanza che non al principio sommo da cui la fa derivare (1), affermando che « rinvenuto che si è pur una volta il sommo principio di tutto il giure privato internazionale, medesimamente la divisione delle leggi reali e personali ne rimane come il più concreto e general atteggiamento che si possa ottener il principio stesso » (2). Sicchè può dirsi che la *Memoria* pubblicata nel 1865 non sia veramente un complemento ed una rettifica del *Trattato di diritto civile internazionale*, ma piuttosto un tentativo di dare una giustificazione generale e scientifica ai principii in quello professati ed alle soluzioni da quello proposte. Il confronto delle due opere riesce importante sopratutto perciò che dopo la pubblicazione del *Trattato* del Rocco erano state professate nella scienza ed accolte nelle leggi, dottrine diverse dalle sue. Il fatto ch'egli non siasi determinato a seguirle nella *Memoria* pubblicata nel 1865 ha pertanto un grande significato così per confermare il carattere del suo sistema, come per determinare l'indole del contributo da lui portato allo sviluppo della nostra scienza.

209. — Dal pensiero scientifico dei due giuristi ai quali ho ora accennato, il primo dell'Italia settentrionale, l'altro della meridionale, facilmente si capisce quale *instauratio magna* richiedesse nel nostro paese, nei suoi principii fondamentali, la scienza del diritto internazionale privato. Farvi penetrare i concetti del Savigny, modificarli e renderli più sicuri associandoli col principio della sudditanza politica, questa fu prima aspirazione e poi vanto di Pasquale Stanislao Mancini.

Perchè il diritto internazionale privato possa passare dallo stato di casuistica complicata a quello di scienza armonizzata da un sommo principio direttivo, il Mancini riconosceva necessaria alla disciplina la base di verità fondamentali di ragione (3) « così da ridurre la massa dei casi proposti e delle molteplici relazioni ad un principio supremo ed unico, che possa servire di codice a questa branca della scienza del diritto » (4). È perciò ch'egli comincia coll'eliminare tutti quei sistemi che negano, in regola generale, ogni autorità alle legislazioni straniere, e quelli altresì che fanno derivare l'ammissione e il vigore delle leggi di un paese sul territorio di un altro, unicamente dal consenso

(1) L. c., pag. 160.
(2) L. c., pag. 169.
(3) Mancini, *Prelezioni*, pag. 209.
(4) Mancini, *Esame dell'opera di Nicola Rocco*, pubblicato nel *Rendiconto* della R. Accademia delle Scienze di Napoli, anno 1843, fasc. 7.

espresso o tacito della sovranità territoriale, e dalla condizione interessata della reciprocità. Respinge anche la dottrina di quei pubblicisti tedeschi che dicono doversi applicare nel conflitto delle legislazioni quella che *mantiene i diritti legittimamente acquisiti* (1), perchè questi autori lasciano insoluta la questione della legge che deve determinare la legittimità dell'acquisto di quei diritti e della legislazione che debba applicarsi quando nè l'una nè l'altra delle due leggi che sono in conflitto leda quei diritti acquisiti.

Nel 1843 (2) egli aveva giudicato con favore il sommo principio dello Schäffner (3), ammettendo che « il principio predicato da lui possa, con le debite dichiarazioni, soddisfare a tutte le applicazioni ». Ma più tardi egli mutava di avviso e non più accettabile delle altre dottrine dianzi riprovate gli pareva quella secondo la quale ogni rapporto giuridico dovrebbe effettuarsi *secondo la legge del luogo dove esso è venuto a nascere* (4), perchè può accadere che una persona appartenente ad un paese, con un atto compiuto in altro paese, disponga di un oggetto situato in un terzo territorio; ed in tali casi resterebbe sempre la possibilità di dubitare in quale di quei tre luoghi diversi il rapporto giuridico sia nato e perciò secondo quale delle tre legislazioni debba essere giudicato; eppoi ne deriverebbe l'assurdo corollario che la capacità personale dell'individuo debba sottoporsi alla legge del luogo accidentale della sua nascita. La teoria del Thibaut, del Mittermayer (5) e del Goeschen (6), secondo la quale sarebbe regola invariabile la legge del luogo dove l'individuo ha il proprio domicilio, e quella dello Zachariae (7) che voleva predominante la regola del luogo dove il rapporto di diritto debba ricevere esecuzione, non trovano maggior favore presso il Mancini. E non ne trovò nè poteva trovarne maggiore, il concetto del professore Gans di Gottinga che voleva applicata ad ogni rapporto giuridico, in caso di conflitto, la legge che si potesse provare essere stata scelta dalle parti per sottomettervi i loro atti, e che, quando non si potesse rilevare una volontà delle parti nè espressa nè presunta, pretendeva doversi dal giudice applicarvi la legge del *proprio paese*. Infatti con un tale

(1) V. sopra pag. 6-9.
(2) *Esame* citato *dell'opera del Rocco.*
(3) V. pag. 28.
(4) V. *Esame* cit., pag. XXXIV.
(5) V. pag. 48, 9.
(6) V. pag. 48, 9.
(7) V. pag. 37, 5.

principio si porrebbe, nella maggior parte dei casi, l'individuo troppo al di sopra della sovranità e della legge, per ricadere poi di quando in quando in una territorialità assoluta che sarebbe tanto più strana quanto più pretenderebbe di integrare un sistema nel quale sarebbe tanto forte l'arbitrio individuale.

210. — Il Mancini, a dir vero, non si pronuncia favorevolmente nemmeno per la dottrina degli statuti, o per quella del Savigny, nell'ultima delle quali trova così difficile indicare la sede del rapporto giuridico, come indicare il diritto che debba governarlo; ma la disapprovazione di lui per queste due ultime dottrine, non è così assoluta come per le altre. Il rispetto per lo statuto personale, ammesso dai primi statutarii e da molti di quelli che li seguirono, lo induce infatti a riconoscere che, se essi non avevano veduta tutta la verità, ne avevano certo scorta una parte. Ciò lo persuase ad utilizzare i grandi lavori ispirati dalle dottrine di quelli antichi, cercando d'infondervi una vita nuova e di metterne gli elementi in armonia colle tendenze filosofiche dello spirito moderno (1). Vedremo ora come sia ancor minore la discrepanza fra il Mancini ed il Savigny.

Il Mancini ravvisa una certa equivalenza fra la condizione ed i diritti degli individui nello Stato e la condizione ed i diritti delle nazioni nell'umanità. In ogni Stato vi sono leggi di ordine privato che rispondono alla libertà individuale e leggi d'ordine pubblico che corrispondono alla sovranità del territorio. Ora egli afferma che, come la libertà degli individui non può patire ingiuste limitazioni nel nome della libertà di altri individui loro concittadini, così quella stessa libertà individuale non cessa di esercitarsi legittimamente quando la si fa valere fuori dei confini dello Stato rispettivo; poichè quei diritti di ordine privato appartengono agli uomini come ad uomini e non come a membri di una società politica. E ciò deve tanto più ammettersi inquantochè i rapporti di diritto privato scaturiscono, per dir così, dalle condizioni peculiari di ciascun paese, e sono quasi un patto fra le famiglie che lo abitano (2). È in questo senso *di vincolo attuale di sudditanza politica* che il principio di nazionalità traccia un limite fra le persone straniere ed il potere politico e legislativo dello Stato nel quale si trovino e che non sia quello cui politicamente appartengono.

(1) Mancini, *Rapporto all'Istituto di diritto internazionale* (*Revue de dr. intern. et de législat. comparée*, vol. V, pag. 343 e seg.).
(2) Mancini, loco citato.

La garanzia ed il rispetto di questi diritti privati all'estero, è, secondo il Mancini, un atto di stretta giustizia al quale una nazione non può sottrarsi senza violare il diritto delle genti, senza rompere quel vincolo che unisce la specie umana in una grande *comunità di diritto* fondata sulla identità e sulla sociabilità della umana natura (1). Ecco il concetto del Savigny che riapparisce nella dottrina del Mancini, come poco fa vi vedemmo riapparire i concetti degli statutari; il primo, nuovo ed elevato per l'idea comprensiva della scienza che lo informa, lo ritroviamo qui alla base della dottrina per abbandonarne poi i particolari in molte delle sue applicazioni speciali; i secondi li vediamo eliminati dai fondamenti della scienza per ritrovarne qua e là l'efficacia nella decisione dei casi particolari.

211. — Il concetto del Savigny ci parve piuttosto vago laddove vorrebbe determinare colle leggi rigorosamente obbligatorie e colle istituzioni di uno Stato non ammesse in un altro, i limiti della comunità del diritto (2). Questi limiti appunto ricompariscono nel Mancini meglio definiti e più precisi. Quando egli dall'esame dei rapporti di *ordine privato* passa a quelli di *ordine pubblico*, gli par necessario riconoscere che il diritto pubblico di uno Stato è una specie di espropriazione legittima che lo Stato esercita sopra una parte della libertà personale degli individui da esso protetti. E siccome la protezione dello Stato si estende a tutti coloro che abitano il territorio, così è giusto che tutti siano soggetti ai medesimi sacrifici, e che nei limiti del territorio non sieno riconosciute nè qualità o difetti individuali, nè sentenze estere che ledano l'ordine pubblico territoriale ed implicitamente l'ordine morale ed economico. Il diritto civile d'ordine privato è dunque essenzialmente *personale* e *nazionale;* il diritto civile di ordine pubblico è essenzialmente *territoriale* (3).

212. — Ma nella parte personale e nazionale del diritto si presenta alla mente del Mancini una distinzione importantissima nella quale apparisce un nuovo addentellato colla dottrina del Savigny. Un attento esame del diritto privato dello straniero gli rivela due parti: una che comprende le leggi relative allo stato personale, l'ordine ed i rapporti di famiglia, e questa parte dicesi *necessaria* perchè

(1) Mancini, *Rapporto all'Istituto di diritto internazionale* (*Journal de droit intern. privé*, vol. I, pag. 230).

(2) V. pag. 102, 103.

(3) Mancini, *Rapporto all'Istituto di dir. internazionale* (*Revue de droit international*, l. c.).

non potrebbe essere modificata nemmeno dalla espressa volontà dell'uomo. La parte che riguarda invece il godimento dei beni, la formazione dei contratti e le obbligazioni, in quanto non leda qualche norma di ordine pubblico, può dirsi *volontaria*, poichè in tali rapporti l'individuo può, *se lo voglia*, conformarsi così alla sua legge nazionale come a quella del territorio. In tali casi il diritto internazionale privato *può limitarsi spesso a ricercare e spesso a presumere la volontà delle parti* (1). E qui ritroviamo la sottomissione volontaria degli individui alla legge.

213. — Avvicinando ora la comunità di diritto quale il Mancini la concepisce a quella delineata da Savigny, le vediamo riposare entrambe su tre elementi, uno volontario e due necessari. Questi risultano da una qualità speciale permanente che esiste nella persona per causa di un suo vincolo costante con un dato territorio, e dai limiti che all'esplicazione di qualità così determinate nella persona, possono opporre, nei singoli casi speciali, le leggi assolute di un altro territorio. Quello risulta dalla libera azione della volontà individuale. Nel sistema di Savigny i due elementi necessari sono il domicilio dell'individuo e l'ordine pubblico dello Stato nel quale l'individuo si trova od agisce; nel sistema del Mancini quei due elementi necessari sono invece la nazionalità o sudditanza politica dell'individuo, ed egualmente l'ordine pubblico dello Stato nel quale l'individuo fa esplicare la propria personalità sia materialmente, sia con atti giuridici. L'elemento volontario riposa secondo l'uno e secondo l'altro autore sulla libertà individuale delle parti.

I tre fondamenti della dottrina del Mancini sono dunque nazionalità, libertà individuale e sovranità territoriale. È il vincolo politico stabile della sudditanza, sostituito a quello troppo variabile del domicilio. Quanto maggiore stabilità e sicurezza di deduzioni derivi alla dottrina da quel mutamento, apparisce dalle applicazioni che ne fa il Mancini stesso, ed apparirà ancor più nel procedere di questo studio.

Ormai sono determinate secondo entrambi queste massime fondamentali di grande importanza:

1º Secondo il diritto delle genti non v'è un potere assoluto per ogni sovranità indipendente, di rifiutare del tutto nel proprio territorio ogni applicazione delle leggi straniere;

(1) Mancini, loco citato.

2° L'applicazione delle leggi di un paese nel territorio sottomesso ad un'altra sovranità non è fondata sopra un libero atto di cortesia (*comitas*), o sul consenso espresso o tacito delle altre nazioni (*ob mutuam utilitatem*), ma bensì sull'esistenza di un dovere internazionale imposto dal diritto delle genti;

3° L'esistenza di un tale dovere internazionale ha per effetto necessario che tutte le nazioni debbano osservarlo in eguale misura e con regole identiche, prescrivendone l'applicazione nelle rispettive legislazioni e nelle decisioni dei tribunali. Deve esistere per tutte le nazioni un *minimum* di doveri al disotto dei quali vi sarebbe, per chi li misconoscesse, violazione del diritto internazionale. Ed è inoltre necessario che questa eguaglianza di misura sia tradotta in atto col mezzo di *regole identiche* per risolvere i conflitti fra le legislazioni dei varii popoli e per determinare quale di queste leggi sia applicabile ad ogni specie di rapporti giuridici.

Tali regole di universale e necessaria applicazione dovranno ora ricercarsi empiricamente, lasciandosi guidare dai consigli della prudenza e dall'intenzione di rispettare più che sia possibile tutte le convenienze e gli interessi dei Governi contraenti? Oppure dovranno ricercarsi come conseguenze dei principii filosofici del diritto internazionale ed esserne l'applicazione sistematica? (1). La risposta a queste due domande risulta spontanea dalle considerazioni che le hanno precedute. Quelle regole devono essere altrettanti corollari della regola generale della *comunità di diritto*, e devono risultare dall'azione reciprocamente moderatrice dei tre elementi che la compongono.

Però, tanto nel campo del diritto pubblico quanto in quello del privato, un'interpretazione troppo estensiva data da non pochi, del *dovere* considerato nelle tre regole ora riferite del Mancini, si è prestata a giudizi poco favorevoli a tutta la di lui dottrina.

È vero che tutto quanto riguarda il *non ledere* la personalità umana, s'impone alle varie sovranità nei loro rapporti cogli stranieri, come un dettame della suprema ragione giuridica; è vero che il rispetto della libertà individuale e delle altre somme prerogative dell'essere umano, è imposto dal *diritto* naturale e può essere francheggiato dalla coazione; ma si dovrà dire lo stesso rispetto a tutta quella moltiplicità di reciproci riconoscimenti di leggi e di atti, che costituiscono la parte maggiore del diritto internazionale? È logico e giusto il fondare anche

(1) Mancini, l. c., pag. 343.

tutti questi rapporti sulla base di un obbligo primitivo e costante, ed il respingere la base mutabile ed arbitraria della *comitas;* ma dovrà ritenersi che quell'obbligo sia d'indole strettamente giuridica, o non lo si ravviserà piuttosto come un comando della legge etica, immutabile ancor essa e costante, ma fonte di doveri imperfetti anzichè di diritti, e perciò non inseparabile dalla coazione?

Chi interpretò quel *dovere* insegnato dal Mancini come un dovere giuridico, ha fatto a mio avviso, quanto al fondamento della dottrina, una confusione la quale non ha soltanto un'importanza dottrinale, ma è feconda altresì di inesattezze e di ingiustizie nella pratica. L'attribuzione a quel dovere del carattere giuridico, indurrebbe di necessità ad ammettere che si possa far valere e diffondere coattivamente nelle varie epoche come diritti, i grandi concetti morali ed economici di una data società preponderante per potenza in confronto delle altre. Secondo quel concetto poco chiaro del diritto e del dovere perfetto, si potrebbe in epoche di fervore religioso giustificare la guerra contro i selvaggi per convertirli alla fede, e in un'epoca di avidità commerciale si potrebbe giustificarne la strage per aprire il loro paese ai nostri traffici. Secondo quel concetto si arriverebbe all'assurdo di legittimare la coazione per indurre uno Stato a rendere esecutorie le nostre sentenze, o ad applicare la nostra legge di successione ai beni dei nostri cittadini defunti che sieno situati nel suo territorio.

Ma, si dirà, se non si considerassero più tali obblighi come doveri giuridici, la dottrina ricadrebbe nell'arbitrario. No; perchè non si fanno derivare quei doveri dalla *comitas*, ma dalla *socialità*, o da quella che, risalendo per analogia dagl'individui agli Stati, si potrebbe chiamare *morale delle nazioni*. Ora quegli obblighi ci si presentano in tal guisa come corollari d'una legge etica la quale, diversa dalla giuridica quanto alla forza colla quale obbliga le società, e quanto ai mezzi coi quali può realizzarsi, è egualmente costante e logicamente sicura nella deduzione dei proprii principii fondamentali.

Così integrava il pensiero del Mancini il professore G. B. Pertile, mio maestro in questi studii, nel suo *Trattato di diritto internazionale* (1), nel suo insegnamento orale e nelle sue lezioni inedite di diritto internazionale privato, fin dal 1872, portando così fra i primi alla dottrina il contributo d'una distinzione che ne accresce il rigore scientifico e che è feconda, come si è già notato, di tante pratiche conseguenze.

(1) Padova, Sacchetto, 1877-1878.

Dopo tale distinzione fra il *diritto naturale* fornito di coazione, ed il *dovere imperfetto di socialità* che ne è privo, ma non per questo può meno esplicarsi in un sistema ben costrutto di norme; fra il diritto internazionale nel suo *essere* e il diritto internazionale nel suo *divenire*, si comprende meglio, pur restando rigorosamente vere ed immutate tutte le regole del Mancini e della scuola italiana, quali diversità d'indole e di vigore si debbano, nell'enunciarle, ravvisare e sottintendere nei loro fondamenti di ragione. Così si può applicare a vicenda, secondo conviene, l'uno e l'altro carattere alle seguenti regole del Mancini, ed intendere di volta in volta in quale senso si debbano ammettere come conseguenze di quella regola generale che impone la comunità del diritto.

214. — 1° Che per regolare lo stato personale e la capacità dell'individuo si debba tener conto sopratutto della legge nazionale e non di quella del domicilio, deriva appunto da quell'esame della natura delle cose, che il Savigny voleva tenere in tanto conto. La nazionalità o sudditanza infatti è vincolo più costante e meno arbitrario del domicilio; essa esteriormente si manifesta nella fisonomia, nei costumi, e nella lingua stessa dell'individuo; è la maggiore caratteristica della sua esistenza come membro d'un ente collettivo. Essa, chi bene la esamini, ha in proprio favore anche la sanzione della storia. Il Savigny stesso riconosce infatti che nel diritto romano, fra l'*origine* ed il *domicilio*, l'*origine* prevaleva; ma poi egli passa d'un tratto ai tempi nostri per constatare il fatto che ora prevale il domicilio. Continuando invece quella esposizione storica, che l'illustre giurista tedesco aveva condotta così diffusamente per tutta l'epoca del diritto romano, si vede come nel dominio barbarico l'idea dell'*origine* prevalesse facendo astrazione dal suolo e badando solo alla stirpe. Durante il feudalismo, prevalendo il sistema della territorialità delle leggi, prevalse con quello la legge del domicilio che era quella, come dice Filippo di Beaumanoir, del signore sotto il dominio del quale uno era *couchant et levant*, ed esprimeva in realtà l'idea d'una nazionalità locale.

Sparite le nazionalità locali, col fondersi in ciascun paese di tutte le piccole sovranità in una sovranità sola che le comprendeva, ne è derivato nell'ordine politico il concetto dello Stato moderno. Le leggi civili dei piccoli territori non più indipendenti, non si sono fuse però come le loro sovranità; e da quel momento la parola domicilio, non potendo esprimere più il concetto della sovranità locale che scompariva, e non potendo esprimere ancora la concezione di una

sovranità generale che le era estranea, doveva di necessità, mutando significato, acquistare un senso puramente civile. Perciò il dire ai nostri giorni che lo stato e la capacità delle persone devono essere retti dalla legge del domicilio, adducendo come un argomento il valore storico del domicilio, sarebbe grave errore, poichè il valore di quella parola è del tutto mutato, e col domicilio si dà ora ai diritti una base ben diversa da quella che sotto l'antico regime si indicava colle stesse parole. La tradizione storica sanamente apprezzata deve piuttosto condurre alla dottrina opposta.

Mentre dunque il domicilio non risponde a quelle condizioni di immutabilità che sono richieste nello stato delle persone dal diritto internazionale privato, potendo esservi domicilio politico, civile, commerciale, individuale o sociale, e potendo mutarsi col mutare di quello l'individuo maggiore in minore di età; la nazionalità o sudditanza è invece il più antico, il più intimo, il più rispettabile, il più immutabile ed il più facile a riconoscere di questi vincoli di soggezione (1).

215. — 2º Diritti di Famiglia. — Dopo lo stato e la capacità della persona considerata in se stessa, i rapporti di famiglia sono quelli che, essendo più atti a sentire le influenze del clima, della situazione geografica, della natura del suolo, della diversità dei bisogni e dei costumi delle genti diverse, assumono tanto più, presso ciascun popolo, un carattere particolare. La famiglia, come dice il Laurent, è la base della nazionalità; dunque i diritti della famiglia fanno parte del diritto nazionale; e perciò le leggi che li riconoscono e li governano hanno un carattere personale. Quanto maggior chiarezza derivi a tali diritti dal sostituire così la nazionalità al domicilio come criterio direttivo, lo dimostrano pochi confronti coi punti corrispondenti del sistema del Savigny.

Quando quest'ultimo (2) sottomette il regime dei beni del matrimonio alla legge del domicilio del marito, eppoi nega (3) che il mutamento di tale domicilio compiuto dal solo marito possa aver efficacia sui beni della moglie in pregiudizio dei diritti acquisiti e contro la volontà di lei, par ch'egli cada in una contraddizione. Infatti egli aveva pur ammesso il carattere mutabile del domicilio ed aveva riconosciuto gli effetti giuridici di tale cambiamento; e in altro

(1) V. Brocher, *Droit intern. privé* (*Revue de dr. intern.*, 1871, pag. 432).
(2) Savigny, l. c., § 379.
(3) Savigny, l. c.

luogo egli vuol regolati i diritti del padre sui beni dei figli minori (1) secondo la legge del domicilio *attuale* del padre, ammettendo così esplicitamente che da un mutamento del domicilio di lui possa risultare il mutamento di quei rapporti.

Così egli pare in contraddizione (2) quando ammette che un uomo di 22 anni, il quale, minore di età secondo la legge del proprio paese, trasporti il proprio domicilio in un territorio dove la maggiorità si compie a 21 anno, divenga subito maggiorenne, mentre un uomo di 22 anni, maggiore secondo la propria legge personale, il quale trasporti il proprio domicilio dove la maggiorità si compie a 25, non dovrebbe per questo, secondo l'opinione di lui, diventarvi minore di età. Il Savigny giustifica questa seconda decisione, dicendo che l'indipendenza risultante dalla maggiore età già raggiunta è un diritto acquisito che non può essere tolto di mezzo da *una circostanza accidentale* come è il mutamento di domicilio. Ma gli si potrebbe chiedere: E come mai una circostanza così accidentale può alterare una qualità negativa della persona così importante come è la incapacità derivante dalla età minore e cambiare un minore in maggiore? E se nel caso del maggiore non si ammette che egli possa diventare nuovamente minore per rispetto ad un diritto acquisito, non dovrà essere egualmente vietato di ledere i diritti acquisiti della famiglia permettendo che un fatto pur accidentale muti un minore in maggiore?

Quando si preferisca invece la nazionalità come criterio direttivo, non si dovranno più lamentare simili contraddizioni nè nel diritto matrimoniale, nè nel regolamento degli effetti della patria potestà, o di quelli dell'età maggiore o minore. La nazionalità non può mutarsi per effetto di un fatto accidentale; finchè non la si muti, essa, mantenendosi dovunque eguale come causa, genera dovunque i medesimi effetti; e se invece la si muta, ciò avviene in modo così poco accidentale, ed il suo verificarsi modifica tanto radicalmente l'esistenza della persona nell'ordine politico, che se ne comprendono e giustificano più facilmente anche gli effetti più importanti nell'ordine dei rapporti di diritto privato.

216. — 3° Diritto di successione. — Il Savigny, dopo aver ammesso che la successione è l'effetto d'una estensione della personalità e della volontà dell'uomo al di là del termine della vita, il che implica un'assoluta unità di regole direttive, fa dipendere il di-

(1) Savigny, l. c., § 380.
(2) Savigny, l. c., § 365.

ritto di successione dalla legge locale cui era soggetto il defunto al momento della morte (1). Poi, indotto dall'indole speciale del domicilio a smentire la regola che afferma l'impero di quest'ultima legge, egli esige (2) nella successione testamentaria la capacità personale del testatore in due località diverse, secondo cioè la legge del domicilio dove ha fatto il testamento, e secondo la legge del domicilio che il testatore aveva al momento della morte; e vuol regolato il contenuto del testamento dalla legge dell'ultimo domicilio. Assumendo a criterio direttivo la nazionalità, si ha invece un criterio tanto più sicuro quanto è più costante la condizione della persona a cui quel criterio si riferisce.

217. — 4° Delle cose. — Il Mancini va poi d'accordo col Savigny nel voler regolate colla stessa legge territoriale le cose senza distinzione fra i mobili e gli immobili. Tra le finzioni del diritto più accreditate e meno giustificate, egli disse durante una discussione della Camera dei deputati, vi ha quella che i mobili seguano la persona, *mobilia sequuntur personam.* Nei tempi in cui la proprietà mobiliare era ben lieve cosa, quando si poteva dire *mobilium vilis possessio*, la finzione si comprendeva e bene spesso corrispondeva alla realtà; ma tutti veggono che oggidì le condizioni sono mutate. Ai giorni nostri, nel mirabile sviluppo dell'industria e del commercio, la terra e la casa sono un bel nulla a fronte della immensità della fortuna mobiliare; e però quelle idee sono un vero anacronismo, quelle teoriche rinnegano e disconoscono i progressi della scienza. Intanto un gravissimo dissidio divide gli scrittori di diritto circa il doversi questa massima seguitare od abbandonare. Il Savigny in Germania, il Marcadé in Francia, insorsero contro di essa chiamandola *inamissibile, illogica, priva di ogni legale fondamento;* e sostengono che i *mobili* come gli *immobili* debbano soggiacere alla legge ed alla giurisdizione del luogo dove materialmente si trovano (3).

218. — Di tali elementi è formato il sistema del Mancini; per lo statuto personale la nazionalità; per lo statuto reale la territorialità; per i rapporti giuridici la libertà; e dalla cooperazione di questi tre elementi scaturiranno regole speciali, precise e sicure. Ma un ordine d'idee così ricco di liete promesse non riesce mai, quando si tratta di apprezzarne gli effetti pratici, a trasportare nelle regioni

(1) Savigny, l. c., § 375.
(2) Savigny, l. c., § 377.
(3) Camera dei deputati, tornata del 17 febbraio 1865.

dell'utopia il giurista che lo concepiva, nè a fargli predire facilmente realizzabile l'unità di un codice civile comune a tutti i popoli.

Se il mondo arrivasse un giorno a tale unificazione legislativa non vi sarebbero certamente più conflitti, nè bisogno di regole per risolverli. Ma il Mancini pensa (1) che una tale idea sia l'esagerazione di una verità limitata e nasconda una pericolosa illusione. Due elementi infatti hanno contribuito all'origine ed allo sviluppo del diritto. Il primo è una serie di leggi generali rivelate all'uomo dalla ragione, immutabili e dipendenti dalle condizioni della natura umana. Ma nel seno di ciascun popolo si forma un'altra categoria di regole, di precetti, di proibizioni, che sono il risultato locale e caratteristico della vita dei singoli paesi. Se dunque un giorno potesse divenire una realtà il *diritto civile unico e universale*, ciò avverrebbe, secondo il Mancini, alla condizione che tale diritto si limitasse alla codificazione di quei soli principii di giustizia universale che scaturiscono dalla natura umana e sono indipendenti dalle condizioni della vita nazionale di ogni popolo. Non potrebbe trattarsi, secondo il suo avviso, di un diritto civile uniforme, ma di talune leggi speciali uniformi relative a qualche particolare rapporto di diritto privato.

Egli infatti ammetterebbe tutto al più che in certe materie speciali (2), come nelle questioni commerciali e marittime, per effetto del loro carattere essenzialmente internazionale ed universale, si estendesse l'unificazione fino alle particolarità secondarie. Non gli pare impossibile l'esistenza futura di un Codice di commercio universale e di un Codice marittimo universale; ma dichiara che una unificazione nelle altre materie del diritto privato non sarebbe nè possibile, nè desiderabile, e che perciò il problema dei conflitti di diritto internazionale privato conserverà sempre il suo posto nella scienza.

Ed appunto perchè non procede per criteri assoluti e perchè gli interessa sopratutto di non compromettere con tentativi arrischiati la riforma degli istituti internazionali, il Mancini consiglia che si debba andare assai cauti anche in quei limiti entro i quali ha ristretto il campo delle riforme. Infatti in un ordine di novità che toccano tanto davvicino alla vita di tutte le società umane, non sono più degne di approvazione quelle assolutamente migliori, ma le possibili e caute transizioni dai sistemi del passato che hanno sopravissuto al loro

(1) Mancini, *Rapporto all'Istituto di diritto internazionale* (*Revue de droit intern.*, vol. VI, pag. 329 e seg.).
(2) Mancini, l. c., pag. 333.

tempo e tuttavia trovano ancora non pochi fautori, ad un avvenire già idoneamente apparecchiato. Allora la forza che procede innanzi creando nuovi ordini da surrogarsi ad istituti viziosi dai quali si ritira la vita e la confidenza, riesce facilmente superiore all'attrito delle resistenze; e, se un progresso attuato in simili condizioni a taluno può sembrare meno rapido, la sua provvida azione nel seno della società addiviene però continua e sicura (1).

219. — Così egli intende alla realizzazione della comunità di diritto; con quella temperanza che è tutta propria delle idee destinate a trionfare, come degli uomini destinati a riuscire. Fra i due mezzi pratici additati dal Savigny per tradurre in atto questa comunità di diritto, la dottrina scientifica, cioè, cui si debba informare la pratica dei tribunali, e un sistema di leggi relative alla collisione dei diritti locali adottato da tutte le nazioni, egli si pronuncia esplicitamente in favore dei trattati internazionali. Senonchè il Savigny (2) riteneva che i vantaggi sperabili da un regolamento comune dei conflitti delle leggi fossero al suo tempo in gran parte realizzati dai trattati già esistenti fra i varii Stati e concludeva che l'integrarli spetti sopratutto alla giurisprudenza, mostrando così in quali ristretti confini egli limitasse l'esplicito riconoscimento universale della comunità di diritto. Il Mancini invece ha dimostrato fin da principio, d'essere, benchè temperato, tuttavia molto più ardito nelle speranze del suo predecessore. Così egli additava quei fini, alti nel tempo stesso e sicuri, che dovevano più tardi formare la missione dell'Istituto di diritto internazionale.

220. — Da tutto ciò si può comprendere quale impronta il Mancini abbia lasciata nell'una e nell'altra parte del diritto internazionale. Poichè se il principio di nazionalità ha esercitata un'influenza assai notevole sullo svolgimento scientifico del nostro diritto internazionale pubblico, quello stesso principio, benchè in diverso modo e con diverso carattere, ha operato sul diritto internazionale privato della scuola italiana, così da dargli carattere originale e maggiore impulso di vita e di progresso.

Nel primo ordine di rapporti quel principio è stato, durante la servitù politica dell'Italia, l'arma del ragionamento contro l'oppressione; nè mai con arma più degna l'intelletto umano ha combattuta una battaglia così nobile e pura. E dopo la vittoria della nazionalità

(1) Camera dei deputati, *Relazione sulla riforma egiziana*, 20 marzo 1875 (*Atti parl.*, *doc.*, Leg. XII, Sess. 1874-1875, vol. III, n. 88 *a*).

(2) Savigny, l. c., § 348.

italiana, quello stesso principio, senza la foga ch'era stata necessaria per la battaglia, ha proceduto serenamente determinando i diritti futuri dei popoli, senza punto turbare i diritti attuali degli Stati.

Nel secondo ordine di rapporti lo stesso principio si è dimostrato fin dai primordi più concreto e più positivo, come lo esigeva l'indole speciale del diritto internazionale privato; e si è già veduto quanto contributo di equità, di stabilità e di sicurezza, esso abbia portato alla dottrina ed offerto alla pratica, modificando il primo elemento della comunità di diritto del Savigny. E tosto esso procedeva di vittoria in vittoria, nè correva molto tempo prima che parecchi giuristi anglo-sassoni, quali il Guthrie ed il Phillimore, dimenticando la tradizione dottrinale e legislativa del loro paese, riconoscessero l'estraterritorialità dello statuto personale, o s'inducessero perfino, come il Westlake, a cercarne il fondamento nella nazionalità.

Perciò il Mancini, come iniziatore nel campo del diritto pubblico, meritò l'omaggio che il Boselli gli faceva nella seduta della Camera dei deputati del 24 novembre 1873, ricordandogli, fra gli applausi dei deputati, come vent'anni prima, egli avesse cominciato a consacrare l'eloquenza alla nobilissima causa, annunziando quale professore e quale precursore, ad una gioventù infiammata dall'entusiasmo patriottico, quelle verità che ora, in non piccola parte per opera sua, sono passate dal campo della scienza in quello della pratica e dalle aule della scuola in quelle dei Parlamenti (1).

Ma, come iniziatore nel campo del diritto privato, egli non meritava meno l'onore ancora più alto che gli faceva Francesco Laurent dedicandogli il proprio *Droit civil international* con queste parole: « Je dédie ces études à Mancini, sous l'inspiration duquel les principes de notre science ont été inscrits dans le Code italien ».

Tale omaggio resogli da un uomo che a tanti poteva dirsi maestro, e che, veterano glorioso di cento battaglie del pensiero, onorava colla lode qualunque valoroso più giovane di lui, era ben meritato da chi aveva trasformato i fondamenti internazionali dello statuto personale. Poichè di una regola di diritto che possa rendere più placida e sicura la vita degli uomini, può ripetersi, con maggior ragione, ciò che Keats cantava d'ogni immagine del bello poetico; che dona al mondo una gioia imperitura: *it is a joy for ever*.

(1) Camera dei deputati, Leg. XI, Sess. 1873-1874, vol. I.

CAPITOLO UNDICESIMO

LA SCUOLA ITALIANA

221. Prima caratteristica della scuola italiana: essa continua e completa l'opera del Savigny. — 222. Tale continuazione si manifesta nel Lomonaco, nel Pescatore e nell'Esperson. — 223. Nel Fiore; sue regole fondamentali paragonate a quelle del Pertile. — 224. Seconda caratteristica della scuola italiana; limiti posti all'estensione ed agli effetti del principio di nazionalità: *A.* Secondo il Lomonaco. — 225. *B.* Secondo il Pescatore. — 226. *C.* Secondo l'Esperson. — 227. *D.* Secondo il Fiore. — 228. Terza caratteristica della scuola italiana: suoi concetti dell'ordine pubblico e confronto coi concetti del Savigny circa il medesimo argomento. — 229. Quarta caratteristica della scuola italiana: suoi concetti relativi alla sottomissione volontaria. — 230. Carattere complessivo della scuola italiana. — 231. Stato della persona considerata in se stessa. — 232. Delle cose. — 233. Diritto delle obbligazioni; estensione ed effetti della sottomissione volontaria. — 234. Prescrizione delle azioni. — 235. Diritto di successione; principii generali; criterio della nazionalità sostituito a quello del domicilio. — 236. Regole dei giuristi italiani in relazione con quelle del Savigny circa i conflitti internazionali di diritto successorio. — 237. Diritto di famiglia: *A.* Matrimonio. — 238. Divorzio. — 239. *B.* Patria potestà. — 240. *C.* Tutela. — 241. Forme. — 242. Valore ed estensione del principio di nazionalità nell'opera scientifica iniziale della scuola italiana. — 243. Sviluppo successivo della dottrina del diritto internazionale privato in Italia. - Autori dissenzienti circa il principio di nazionalità: il Gabba. — 244. Il Brusa, suoi argomenti in favore della legge del domicilio. — 245. Il Milone: suo dissenso molto minore di quanto apparisca. — 246. Indipendenza dei giuristi consenzienti nei principii fondamentali della scuola italiana: il Fiore nelle edizioni successive del suo trattato. — 247. Il Fusinato: suoi punti d'armonia e di dissenso dalla dottrina della scuola italiana. — 248. Rapporto fra la competenza della legge e quella della magistratura nelle questioni di stato; opinione del Fedozzi. — 249. L'Anzilotti: suo modo di concepire rispettivamente la legge singola e il sistema universale di diritto internazionale privato. — 250. Impero estraterritoriale della legge nazionale e giustificazione di taluni limiti secondo l'Anzilotti. — 251. E secondo il Diena ed il Laghi. — 252. La dottrina della personalità e della legge regolatrice degli enti collettivi secondo il Fedozzi. — 253. L'indole e le regole fondamentali del diritto internazionale privato secondo il Gemma. — 254. Lo statuto personale e i limiti d'ordine pubblico secondo il Cimbali: distinzioni fra le capacità e le incapacità derivanti da leggi straniere. — 255. I limiti dell'impero della legge locale sulle cose secondo il Fiore, il Fusinato ed il Diena. — 256. L'ordine pubblico; commenti e soluzioni del Brusa, del Milone, del Contuzzi e del Diena. — 257. Dottrina del Fiore. — 258. Opinioni del Gemma, del Laghi, del Bellegotti e del Fusinato. — 259. Critiche e proposte del Fedozzi. — 260. Regolamento internazionale degli atti;

forma; studii del Buzzati; determinazione del carattere della regola « locus regit actum ». — 261. Validità sostanziale degli atti; valore sussidiario della legge personale; efficacia della legge dell'atto nel determinare la capacità della persona. — 262. La unità della successione e le obbiezioni del Gabba alla competenza del magistrato ed all'applicazione della legge regolatrice oltre il territorio del legislatore. — 263. Rapporti di famiglia; elemento famigliare o contrattuale nei rapporti patrimoniali. — 264. Carattere della legge che ammette o vieta il divorzio; esecuzione di una sentenza di divorzio dove il divorzio è vietato; opinione del Buzzati e di altri circa la *fraus legis*. — 265. Contributo contemporaneo dell'Italia alle dottrine di diritto internazionale privato.

221. — Dalle opere di quei giuristi del nostro paese che sono comunemente note col nome di *Scuola italiana*, è dato derivare una conferma di quanto si è asserito esponendo la dottrina del Mancini. Quegli scrittori non disconoscono la verità delle norme formulate dal Savigny, ma queste, aiutate dal principio di nazionalità adottato dal Mancini, sono esplicate da loro con maggiore sicurezza.

E quantunque essi concordino fra loro in certi principii generali ed in non poche applicazioni dei principii stessi, non formano però, come è parso a taluno, un côro, ma procedono, con iniziativa e caratteri individuali, nelle applicazioni delle dottrine ai singoli rapporti giuridici. Tali qualità si possono riconoscere anche in tutti quei giuristi italiani che, in ordine di tempo, sono meno lontani dal Mancini; nel Lomonaco che si è limitato sopratutto a fare un diffuso commento del titolo preliminare del nostro Codice civile, come nel Pescatore che si compiaceva di risalire dai casi della giurisprudenza agli alti concepimenti della filosofia del diritto; dall'Esperson che dava al proprio lavoro, dedicato ai fondamenti del diritto internazionale privato, un titolo che avrebbe potuto apparire ispirato dall'idea preconcetta dell'apologia, al Fiore che, con analisi minuta e paziente, applicava le proprie regole ad ogni singola parte della materia fin dalle prime edizioni dei suoi trattati.

Nelle loro opere anzi la Scuola italiana apparisce legata, così nei suoi caratteri generali, come nei suoi singoli elementi, alla dottrina del Savigny. Ed il porre l'una accanto all'altra, non dipende pertanto nel nostro studio da artificiosa ricerca di ecletiche combinazioni, ma dalla coscienza dell'armonia esistente fra due sistemi che si completano a vicenda.

Quanto più si procede poi nello sviluppo storico di questa scienza nel nostro paese, tanto più si vede risultarne, non già un nuovo ordine di principii fondamentali, ma piuttosto un procedimento d'in-

tegrazione e di correzione nelle singole dottrine: procedimento reso più pregevole da quelle suddistinzioni e da quel riconoscimento opportuno di applicazioni e di limiti che dovevano risultare dallo studio obbiettivo della natura delle cose. I risultamenti ne appariranno anzi, sul punto di passare dalle dottrine alla pratica, così temperati e così uniformati ad ogni più minuta esigenza del diritto e ad ogni più piccola modificazione dello stato delle cose, da estendere talora lo statuto reale oltre i confini prescritti dalle esigenze dell'ordine pubblico e da ammettere in qualche caso il domicilio a dividere colla cittadinanza il dominio dello statuto personale.

A tale proposito l'opera dei giuristi italiani contemporanei può distinguersi in due periodi, il primo di applicazione, il secondo di più indipendente sviluppo e complemento delle dottrine del Savigny e del Mancini.

222. — Il Lomonaco, benchè si attenga fedelmente, nello studio del conflitto delle leggi, alle disposizioni positive del Codice italiano, non omette però di segnarne a grandi linee anche la dottrina, e gli esce subito dalla penna il nome di Carlo Federico di Savigny. « Dal sistema di diritto romano di questo insigne giurista, egli dice, trarremo la designazione dei rapporti giuridici, a fin di determinare in appresso per ciascuno di essi la regola applicabile alla collisione di diversi diritti positivi » (1).

E quando vuol determinare i limiti di tali rapporti giuridici e delle regole che li governano in relazione allo spazio, ricorre esplicitamente al principio della *comunità del diritto* (2). Nè importa che creda togliere al Savigny la paternità di quella denominazione per attribuirla a Paolo Orosio; poichè altro è aver pronunciata prima di un altro una frase ed altro sarebbe aver formulata prima di quello una dottrina; ed il passo riportato dal Lomonaco dimostra che Paolo Orosio, invocando con quelle parole una specie di cosmopolitismo, se ebbe la priorità nella prima, non l'ebbe certo nella seconda. Ma seppur l'avesse avuta, basta al nostro assunto il constatare come uno scrittore appartenente alla scuola italiana e per la dottrina che professa e per la legge che commenta, abbia voluto e potuto, senza turbare nè l'una nè l'altra, farle derivare entrambe dal concetto fondamentale della dottrina di diritto internazionale privato professata dal Savigny.

(1) Lomonaco, *Trattato di diritto civile internazionale*, vol. unico, p. VI, VII. Napoli, Marghieri, 1874.
(2) Lomonaco, l. c., p. VI, 42, 44.

Il Pescatore, che studia tali rapporti cogli intendimenti della logica del diritto, ne tratta non già nella parte che riguarda la *dottrina*, ma in quella che si riferisce alla *giurisprudenza*, dove collega egli pure nel tempo stesso le proprie deduzioni scientifiche colle contingenze della pratica, rendendo meno astratte le prime in riguardo delle seconde, e riducendo queste dalla forma di fattispecie a quella generale di ipotesi. In un tal genere di studio, che è forse il più atto per esperimentare quanto valga un sistema scientifico nella dottrina e nella pratica, egli pure giunge ad una conclusione egualmente e per gli stessi motivi favorevole, così alla dottrina del Savigny come a quella del Mancini che la completa (1); e vi ricorre « come a conferma od a termine di raffronto, alle cose dette da lui sullo stesso argomento ». Il concetto del Savigny gli pare anzi non essere che la constatazione di fatto della condizione attuale delle società umane.

Nello svolgimento storico del mondo, egli ravvisa l'individualismo dei singoli, vinto colla formazione dei Comuni, rifugiarsi in questi ultimi, opponendovisi alla formazione degli Stati che tendono ad assorbirli. Negli Stati, ultimo rifugio, ripara e si fortifica l'individualismo, e sostiene contro il principio della socialità l'ultima lotta; la quale, in questa ultima fase, percorre successivamente tre stadii:

1° Lo stadio di guerra aperta e di ostilità permanente, nel quale lo straniero è considerato come un nemico ed un essere senza diritti.

2° Lo stadio delle trattative nel quale ogni Stato mantiene in teoria il prisco rigore del diritto, ma discende nella pratica a concessioni spontanee ispirate da benigni riguardi e da reciproco interesse; *ex comitate*.

3° L'ultimo periodo infine manifesta la prevalenza del principio sociale contro l'individualismo nei rapporti internazionali. In quest'ultimo stadio dello sviluppo storico dell'uomo, quello stesso principio sociale che, su enti diversi successivamente operando, ha creata la famiglia, che ha imposto alle famiglie la società comunale ed ha costretto i Comuni a convivere nello Stato, crea di necessità, anche fra gli Stati, una certa *comunione di diritto che è la legge generale delle nazioni giuridicamente associate* (2). Per effetto di tale comunione ciascun uomo è considerato come cittadino della *grande città*, che è il mondo.

(1) Pescatore, *La logica del diritto*, vol. I, pag. 307 e 342. Torino 1863.
(2) Pescatore, l. c., pag. 301, 302, 312.

L'Esperson stesso, anche nel libro che s'intitola dal *Principio di nazionalità*, è ben lungi dal considerare tale principio come l'elemento unico della comunità del diritto. Egli non ha, circa la base del diritto internazionale privato, opinione diversa da quella del Pescatore (1), nè esprime, rispetto al valore del principio di nazionalità, un'opinione più assoluta di quella (2), mostrando d'essere ben lungi dal farne il principio unico del proprio sistema.

223. — Il Fiore, benchè nomini soltanto per incidenza, nel capitolo dedicato ai principii fondamentali del suo primo trattato di diritto internazionale privato, la comunità di diritto, e benchè non vi parli del principio di nazionalità, ammette implicitamente la prima e dimostra esplicitamente qual senso, ristretto alla sudditanza politica, dia, come l'Esperson, alla seconda.

Il Fiore pertanto riconosce d'un lato che « la sua teoria l'ha concepita meditando sul Savigny e sotto l'ispirazione di quell'insigne giurista »; dall'altro può a buon diritto sostenere la priorità propria in confronto dell'Esperson. Infatti le sue critiche e le sue conclusioni circa gli statuti personale e reale erano già contenute nel suo *Trattato di diritto internazionale* pubblicato nel 1865 (3), e nelle litografie delle di lui lezioni per l'anno 1867. L'eccellenza del primo Trattato era poi riconosciuta dal Laurent fino dal 25 dicembre 1866 e dal Mittermaier sia privatamente con una lettera all'autore, sia pubblicamente con una recensione stampata in una Rivista tedesca.

Ecco i principii fondamentali che il Fiore poneva a base della propria dottrina, e che potrebbero servire di titolo preliminare ad un Codice di regole per dirimere i conflitti di diritto internazionale privato.

1° Gli *Stati* o le *Nazioni* devono coesistere armonicamente e giuridicamente nella grande società che dicesi genere umano.

2° Ciascuno Stato ha diritto di custodirsi e di conservarsi.

3° Le leggi di uno Stato non si possono applicare se non che

(1) Esperson, *Il principio di nazionalità applicato alle relazioni civili internazionali*, cap. II, n. 7. Pavia 1868.

(2) Esperson, *Movimento giuridico in Italia e nel Belgio sul diritto internazionale privato*, pag. 33.

(3) Fiore, *Nuovo dir. intern. pubblico*, pag. 129, Milano, Casa Editrice degli Autori-Editori, 1865 (trad. franc. del Pradier Fodéré, Parigi, Pedone-Lauriel, 1868); e *Dir. int. privato*, 3ª ediz., Appendice al vol. II, e pag. 562, vol. II.

ai sudditi pei quali principalmente sono emanate; perchè ciascuna legislazione positiva porta l'impronta degli usi, delle tradizioni e della civiltà del popolo; ed essendo basata sui rapporti naturali delle persone e delle cose, non si può giustamente applicare se non che a quelli che appartengono al medesimo corpo politico.

4° Ciascuna sovranità può esercitare i proprii diritti oltre i limiti del rispettivo territorio, purchè non offenda i diritti degli altri sovrani.

5° L'esercizio dei diritti di sovranità cessa d'essere innocuo quando offenda i principii dell'ordine pubblico o l'interesse economico, politico, morale e religioso di un altro Stato (1).

Queste cinque massime, che il Fiore enunciava nel suo *Trattato di diritto internazionale privato*, dànno una base sicura ai corollari che deve poi trarne la dottrina nell'esame dei vari rapporti e delle particolari questioni; ma specialmente la prima e la quarta sono, come già è stato notato rispetto ad altre interpretazioni del principio del Mancini (2), espresse in modo da lasciare incerti del valore da attribuirsi ai dettami che se ne deducono. Infatti si è notato (3) che pur restando fermi tutti i risultamenti del Savigny e della scuola italiana, essi non si presentano alla mente del giurista eguali nel loro valore concreto e nella forza intima che possono manifestare per farsi valere, ma alcuni di essi sono principii di *diritto naturale constatati* dalla scienza, altri dettami etici e consigli della ragione *proposti* dalla scienza alla libera adozione degli Stati. I primi sono già nel campo giuridico, gli altri possono entrarvi, ma originariamente sono nel campo etico; nessun titolo reale o primitivo li giustifica davanti alla legge e nessuna coazione li rafforza nella loro esecuzione. Ora tale importantissima distinzione non trova posto nella prima e nella quarta fra le cinque regole del Fiore sovraccennate. Vi si parla troppo vagamente del *dovere* di coesistenza giuridica degli Stati e troppo esplicitamente del *diritto* di ciascuno Stato di applicare le proprie leggi oltre i limiti del rispettivo territorio; mentre si è già ripetuto (4) che, se l'ammettere nel territorio gli effetti delle leggi straniere entro i limiti consentiti dall'ordine pubblico è un dovere etico di ciascuno Stato, esso è ben lungi dall'essere rispetto a tutte le leggi straniere, anche entro quei limiti, uno stretto dovere giuridico per il quale si possa,

(1) Fiore, *Dir. intern. privato*, seconda edizione, pag. 37, 40. Firenze, Le Monnier, 1874.
(2-4) V. sopra, n. 213, pag. 160-162.

come per tutti gli altri diritti, ricorrere alla coazione per farlo effettivamente rispettare.

Il Fiore stesso, parlando posteriormente del diritto d'autonomia e d'indipendenza degli Stati (1), rettificò non poco quel primitivo concetto, ammettendo, benchè non troppo esplicitamente, in questa materia la distinzione del diritto dal dovere imperfetto di socialità e la distinzione dei loro effetti rispettivi. Sulla base di tali distinzioni egli stabilì allora, circa il medesimo argomento, le regole seguenti:

1. La libertà degli Stati e l'indipendenza di ciascuno di essi nell'esercizio dei diritti di sovranità interna, devono esplicarsi senza aver riguardo alcuno agli altri Stati, purchè si abbia a cuore di non prendere verso di quelli un'attitudine ostile (2).

2. Quantunque non possa considerarsi ingiurioso per gli altri Stati avvalersi del proprio diritto, gli Stati devono nondimeno nei loro rapporti osservare con grande riguardo la massima di astenersi dal fare quello che possa nuocere o sconvenire (3).

3. Il diritto di fare le leggi senza soggezione a stranieri è un reale bisogno di ogni comunità politica (4).

4. Ciascuna sovranità deve altresì decidere con completa indipendenza se può permettere o negare che certe leggi straniere siano applicate nel territorio di sua giurisdizione (5).

E qui sviluppa questa regola, limitandola secondo le massime giuridiche relative all'estraterritorialità delle leggi, laddove parmi sarebbe stato meglio riferirsi nuovamente alla distinzione fra regole giuridiche e regole etiche (6).

5. Qualunque ingerenza per costringere una sovranità straniera a modificare le proprie leggi in conformità dei principii liberali e progressivi, si deve considerare come illegittima e contraria al principio di indipendenza degli Stati (7).

6. Il pretesto di proteggere gli interessi nazionali non vale a

(1) Fiore, *Trattato di diritto intern. pubblico*, 2ª ediz., vol. I, lib. III, sez. II, cap. I, pag. 292-301. Torino, Unione Tip.-Editrice, 1879; cfr. 3ª ediz., vol. I, parte speciale, partiz. I, libro I, sez. I, cap. I, pag. 247-288.

(2) Fiore, op. cit., 2ª ediz., pag. 293.

(3) Fiore, l. c., pag. 293.

(4) Fiore, l. c., pag. 294.

(5) Fiore, l. c., pag. 294.

(6) V. sopra, n. 213, pag. 160-162,

(7) Fiore, l. c., pag. 296.

giustificare l'ingerenza di uno Stato nel sistema legislativo di un altro paese (1).

7. Il sistema che toglie ogni autorità alle leggi straniere o che fa derivare l'autorità delle medesime dal beneplacito del sovrano o dall'interesse reciproco, si deve considerare come fondato sull'esagerato modo d'intendere il principio di indipendenza degli Stati, e non dovrebbe essere accettato in diritto internazionale moderno (2).

8. Il diritto pubblico di ciascuno Stato e tutte quelle leggi che sono considerate di ordine pubblico, devono essere integralmente e compiutamente rispettate; nessun diritto privato quindi, sotto qualunque legge sia nato e a qualunque persona appartenga, nessun rapporto giuridico, quale si sia la sua origine, potrebbe svolgersi nel territorio con offesa diretta o indiretta del diritto pubblico territoriale (3).

Queste regole entrano nell'ordine di concetti esposti nel capitolo antecedente (4), secondo i quali, restando ferme tutte le deduzioni della dottrina, queste si distinguono, rispetto al loro valore effettivo, in dettami imperiosi della legge ed in suggerimenti etici della ragione. Il Pertile, che rivolse in età matura agli studi del diritto internazionale la mente acuta e perspicua addestrata fin dalla gioventù in quegli studi di diritto romano e canonico pei quali era meritamente celebrato, aveva, come ho accennato (5), concepita e formulata una tale importantissima distinzione. Guidato da un tale concetto cardinale, egli così esponeva le regole fondamentali del diritto internazionale privato (6):

« 1. Gli Stati, per legge universale della umana natura, hanno la destinazione di coesistere in armonia giuridica, salvo a ciascuno quanto è necessario alla sua esistenza indipendente quale organismo compiuto in se stesso.

« 2. La personalità dell'uomo dev'essere rispettata e protetta anche nello straniero in tutti gli Stati.

(1) Fiore, l. c., pag. 296, 297.
(2) Fiore, l. c., pag. 299.
(3) Fiore, l. c., pag. 299, 300.
(4) V. sopra, n. 213, pag. 160-162.
(5) V. sopra, n. 213, pag. 160-162.
(6) Pertile G. B., *Lezioni inedite di diritto internazionale privato.* — Tali regole sono estratte dalle lezioni inedite del Pertile da lui comunicatemi nel 1883. Il nome di lui, maestro dotto, perspicuo, e benevolo nei rapporti coi discepoli, è ricordato qui con viva riconoscenza.

« 3. Ciascuno Stato ha bensì il diritto di custodirsi e di conservarsi nei suoi elementi costitutivi e reggersi a proprie leggi di ragione civile e penale, ma, *in causa della socialità e solidarietà* della umana famiglia, *non può equamente* rifiutare applicazione nel proprio territorio a leggi, atti e sentenze di sovranità straniere, quando non offendano i principii di ordine pubblico e il suo interesse politico, economico, morale e religioso.

« 4. *In questo senso* vale l'altro principio, che le leggi di uno Stato hanno autorità oltre i confini del territorio anche per effetti giuridici che si producano all'estero.

« 5. Vera civiltà richiede che le norme di naturale equità e di utilità comune, vengano rivestite di carattere e valore giuridico dalla accoglienza degli Stati o per trattati internazionali o per disposizioni uniformi dei Codici nazionali ».

Così nel porre le suesposte regole fondamentali, come nell'applicarle, tanto il Fiore quanto il Pertile si ispirano sopratutto alle idee ed al metodo del Savigny. « Egli è, dice il Fiore (1), il solo che ha compreso il problema in tutta la sua profondità e che lo ha studiato in tutta la sua estensione. L'indirizzo dato dal Savigny *noi l'accettiamo perfettamente*, anzi dichiariamo di esserci ispirati alle profonde pagine del giureconsulto tedesco. Anche noi vagheggiamo l'idea di una comunità di diritto fra gli Stati, anche noi ammettiamo che, per decidere nei casi di collisione quale sia la legge che debba preferirsi, è necessaria l'esatta delimitazione dell'impero di ciascuna legge ».

Quanto ho esposto finora ci rende dunque possibile di formulare un primo tratto caratteristico della scuola italiana di diritto internazionale privato:

« 1° Non rinnega la tradizione scientifica del Savigny, anzi ne ammette e ne sviluppa il concetto della comunità del diritto ».

224. — Di tale comunità del diritto il Savigny riconosceva tre elementi. *a*) Domicilio (elemento di espansione della persona determinato dalla legge). *b*) Volontà (elemento di espansione della persona determinato dall'arbitrio individuale). *c*) Sovranità (elemento limitativo all'espansione dell'azione personale ed a quella delle leggi straniere determinato dalla legge territoriale).

Il Mancini avea conservata (2) la distinzione testè riferita dei tre

(1) Fiore, *Diritto intern. privato*, seconda edizione, pag. 61, 62. Firenze, Le Monnier, 1874.

(2) V. sopra, pag. 158, 159.

elementi indicati dal Savigny come fattori della comunità di diritto, sostituendo al domicilio la nazionalità e conservando gli altri due. Non v'era dunque verun motivo, nè nell'una nè nell'altra delle dottrine alle quali s'ispirava la scuola italiana, perchè questa dovesse appoggiare la comunità del diritto sopra la sola base dello statuto personale, nè perchè questo dovesse far soltanto sentire la propria influenza esclusiva nel regolamento internazionale dello stato e nella capacità della persona.

Infatti il Lomonaco riconosce che, nello stabilire le norme del diritto internazionale privato, si debba far prevalere talora la legge personale e tal'altra quella reale, secondo che il predominio dell'una o dell'altra venga richiesto *dall'indole dei rapporti di diritto* (1). Egli sostiene bensì che la legge personale debba essere quella nazionale e non quella del domicilio, e, come espressione della nazionalità, debba seguire la persona anche all'estero. Anzi egli era tanto conscio del valore relativo e limitato alla capacità della persona, che doveva avere il criterio da lui adottato, che avverte (2) come per mettere le opinioni degli scrittori, le sentenze e le leggi da lui riferite, in armonia colla sua dottrina, sia sufficiente, lasciando intatto tutto quanto riguarda la loro estensione di efficacia territoriale, sostituire alle parole *legge del domicilio* le altre *legge nazionale*. Ed il suo pensiero resta ancor più chiarito dall'applicazione che fa di tali regole ai singoli rapporti; per esempio al matrimonio, rispetto al quale egli giudica della capacità degli sposi secondo la legge nazionale di entrambi, per giudicare poi della legge dei beni dei coniugi e delle forme del matrimonio, secondo il criterio fornitogli dal rapporto giuridico considerato nel suo complesso.

225. — Il Pescatore (3), quantunque nel parlare delle nazionalità e del loro diritto di costituirsi a vita indipendente, si dimostri per fede e per ardore non inferiore al Romagnosi ed al Mancini, pure non deduce dal proprio ragionamento se non che una conseguenza di diritto pubblico, dicendo che, quando le nazioni si fossero costituite, la società generale dei popoli starebbe, con perfetta sicurezza, *ponderibus librata suis*. Ma nei riguardi del diritto privato, egli non considera se non che l'associazione internazionale degli Stati, sia pur questa il risultamento del solo diritto di necessità; e riferisce dunque

(1) Lomonaco, l. c., pag. 49, 53.
(2) Lomonaco, l. c., pag. 81 in nota.
(3) Pescatore, l. c., pag. 306, 307.

al soggetto *Stato* la qualifica *nazionalità*, facendo di questa, nei riguardi degli individui, un sinonimo di sudditanza. La legge della Nazione (1), considerata in tal guisa ed in tal senso come base dello statuto della persona e della famiglia, gli par la sola competente a regolare dell'una e dell'altra gli interessi ed i rapporti morali e giuridici, a definire i diritti del padre rispetto ai beni del figlio, e quelli del figlio rispetto ai beni del padre; l'autorità e le facoltà del marito nell'amministrazione e nell'alienazione dei beni dotali; a dare insomma tutti i provvedimenti, che, quantunque cadano sulle proprietà che possono essere situate in territorio straniero, riguardano però unicamente l'interesse speciale della persona, cioè dell'individuo o della famiglia proprietaria. Mi piacque riferire colle parole stesse del Pescatore questa indicazione dei limiti dello statuto personale, perchè, se egli mostra una volta di più che la sostituzione della nazionalità al domicilio non estende punto il campo di quello statuto, mostra nel tempo stesso quanto maggior certezza di norme sia conseguita per effetto di quella sostituzione.

226. — Certamente, dice l'Esperson (2), siccome il principio di nazionalità non è tuttora riconosciuto nei rapporti di diritto internazionale pubblico, non può, per necessaria conseguenza, essere applicato nei rapporti di diritto privato. In altri termini, finchè vi saranno Stati non costituiti razionalmente, bensì secondo il capriccio dei governanti senza tenere alcun conto della nazionalità dei popoli, non potrà ricevere applicazione quel canone di diritto internazionale privato secondo il quale ciascuno dovrebbe essere governato dalle leggi della propria nazione. È necessario anzitutto che la nazione sia costituita, onde coloro che la compongono possano invocare per ogni dove i principii che da lei emanano..... Fintantochè le diverse nazionalità non siano costituite, invece di applicare alle relazioni civili internazionali il principio di nazionalità, sarà giocoforza applicarvi quello di sudditanza politica, vale a dire attribuire a ciascuno il diritto d'invocare le leggi dello *Stato* a cui effettivamente appartiene. « Che se *non può dirsi* (3) *che il principio di nazionalità ponga termine a tutte le difficoltà e chiuda l'èra delle divergenze*

(1) Pescatore, l. c., pag. 334, 335.

(2) Esperson, *Movimento giuridico in Italia e nel Belgio sul diritto intern. privato*, pag. 33. Firenze, Civelli, 1870 (Estratto dal giornale *Cesare Beccaria*).

(3) Esperson, l. c., pag. 35.

nella sfera del diritto internazionale privato, però è certissimo che, con siffatto principio, si risolve il maggior numero delle questioni ».

L'Esperson ammette così la possibilità di applicare un giorno ai rapporti di diritto internazionale privato il principio di nazionalità quale è concepito ed applicato nei rapporti di diritto internazionale pubblico. Ma intanto, nei riguardi del primo, egli assimila ogni Stato esistente allo Stato idealmente nazionale, ed ammette, quanto ai rapporti privati di diritto internazionale, l'equipollenza dei due concetti di nazionalità e di cittadinanza (1).

227. — Il Fiore, per ultimo, dopo aver limitato alle qualificazioni della persona gli effetti della legge nazionale, così dimostrava la eccellenza di questa in confronto con quella del domicilio. La legge della patria di ciascuno, egli dice (2), prende sotto la sua protezione l'individuo fin dal momento della nascita: essa determina quando esista come persona giuridica, quando sia figlio legittimo, naturale o adulterino, e gli applica tutte le disposizioni che attivamente o passivamente lo interessano. A misura che l'individuo cresce e si sviluppa, egli s'immedesima colla vita del proprio paese, al quale, non naturalizzandosi all'estero, appartiene poi spiritualmente, non più per presunzione della legge ma per volontà esplicita di lui. Ora, quando tale individuo fissa poi il proprio domicilio in paese straniero, non è più l'uomo fisico, ma l'uomo sociale che vi si trasferisce ; è il nazionale di un paese determinato, il suddito di un determinato sovrano. Tale individuo può dunque domandare che *la propria condizione, la propria capacità, i proprii diritti*, così come sono determinati dalla legge della propria nazione, siano rispettati, non in virtù dei Trattati stipulati fra i due paesi, ma in virtù di quei principii di diritto pubblico che regolano i rapporti fra Stati sovrani. D'altra parte il sovrano territoriale non può avere alcun interesse a distrarre lo straniero dalla soggezione alla legge rispettiva d'origine e ad applicargli le leggi fatte per i propri sudditi.

Dopo aver appoggiato così il proprio concetto ad una base razionale ed averlo confortato colla tradizione storica e colle opinioni di

(1) Cfr. Contuzzi, *Manuale di dir. int. privato*, cap. V, n. 59, pag. 155, 156: " Sui possibili equivoci derivanti dalla terminologia „, Milano, Hoepli; e *Processi verbali* della Commissione di coordinamento delle disposizioni del Codice civile, pag. 242, 243.

(2) Fiore, *Dir. intern. privato*, 2ª ediz., pag. 72, 73 e 538-542. Firenze, Le Monnier, 1874.

molti scrittori, il Fiore conclude (1) che *lo stato e la condizione giuridica* delle persone devono, in generale, essere regolati dalla legge della nazione cui queste appartengono.

Tutto ciò rende possibile di formulare una seconda caratteristica della scuola italiana:

« 2° Essa ammette che la legge nazionale debba applicarsi a tutti quei casi ed in quegli stessi limiti nei quali era applicata dal Savigny la legge del domicilio ».

Questa ammissione della legge nazionale non deve dunque turbare per se stessa gli altri due elementi assegnati dal Savigny e dal Mancini alla comunità di diritto, cioè la *libertà dei singoli* e la *sovranità territoriale*.

228. — Quest'ultimo elemento, che si estrinseca colla forma e col nome di ordine pubblico, riesce anzi meglio, se non ancora perfettamente, determinato dagli studi dei giuristi italiani. Si è infatti notato (2) quanto avessero di vago i due criteri forniti dal Savigny (3), per giudicare se debba esistere limite di ordine pubblico. Le leggi di natura positiva rigorosamente obbligatoria, ammesse come limiti alla comunità di diritto, si comprendono facilmente quando si conceda loro soltanto la forza positiva di arrestare, nel paese pel quale furono fatte, gli effetti di convenzioni e di leggi straniere che vi siano contrarie; ma l'ammettere, come fa il Savigny, che si debba riconoscere loro anche una forza negativa (4) nel senso che il paese dove le disposizioni da quelle sancite non esistano debba arrestare ai proprii confini la diffusione degli effetti prodotti da quelle nei paesi dove hanno vigore, ci parve dare all'ordine pubblico una estensione soverchia e troppo indeterminata.

Così pure giudicammo troppo lato il secondo criterio di ordine pubblico fornito dal Savigny, quello cioè di negare effetto estraterritoriale ad istituti, vigenti in uno Stato, la esistenza dei quali non sia riconosciuta in un altro Stato dove se ne domandi eventualmente il riconoscimento. Il riconoscere o non riconoscere infatti in un territorio un ordine di istituzioni, può dipendere talora dal non sentire il bisogno di riconoscerle, perchè la vita reale del paese non offra il substrato necessario a legiferare circa la materia cui quelle istituzioni

(1) Fiore, l. c., pag. 73.
(2) V. sopra, pag. 104 e 159.
(3) Savigny, l. c., §§ 349 e 365.
(4) Savigny, l. c., § 349.

si riferiscono. La lacuna non dipende sempre dal fatto che un determinato istituto sia contrario all'ordine pubblico od agli interessi dello Stato. Così, per esempio, se la Svizzera non assegnasse nelle proprie leggi un riconoscimento, una regola ed una pena, a tutti gli istituti, a tutti i contratti ed a tutti i delitti che si riferiscono alla vita marittima, ciò avverrebbe perchè la sua configurazione geografica non pone sovente gli Svizzeri in quelle condizioni, ma non già perchè istituzioni o leggi di quella specie siano contrarie all'ordine pubblico svizzero; e perciò sarebbe assurdo che la Confederazione limitasse, riguardo a quei fatti, come lo farebbe per la poligamia, la comunità del diritto.

In questo senso intende il limite di ordine pubblico il Lomonaco (1), dicendo che la massima in questione deve essere sanamente intesa quando, per una esagerata tutela delle leggi dello Stato, non si vogliano distruggere i principii del diritto internazionale privato; e limitata la sua azione ai casi nei quali l'ossequio al diritto straniero si convertirebbe in dispregio del diritto statuito dal nostro legislatore.

L'Esperson (2) vuole distinte, fra le disposizioni d'ordine pubblico, quelle che appartengono al diritto pubblico interno propriamente detto, da quelle che fanno parte del diritto civile e commerciale, e vuole applicate le prime alle persone, ai beni ed agli atti quando concernano nel tempo stesso anche l'ordine pubblico ed il buon costume. Altrimenti questo limite, egli dice, invece d'essere un *temperamento correttivo* all'azione degli altri elementi, li distruggerebbe quasi del tutto.

Anche il Fiore, dopo aver considerato il mondo, considerato come società delle nazioni, come un organismo analogo a quello della nazione, considerata come società degli individui, conchiude: « Ciascuna sovranità può esercitare i suoi diritti oltre i limiti del proprio territorio », ma vi aggiunge tosto: « purchè non offenda i diritti degli altri sovrani » (3). Ora, quando l'esercizio dei diritti di sovranità cessa dall'essere innocuo? Quando offenda i principii di ordine pubblico, o l'interesse economico, politico, morale, religioso di un altro Stato.

« Perciò tutte le persone, siano esse sudditi, o naturalizzati, o

(1) Lomonaco, l. c., cap. I, § 4, pag. 59-61.
(2) *Le droit internat. privé dans la législation italienne* (Extrait du *Journal de droit intern. privé*, année 1879-1880, § 11 e seg., pag. 33).
(3) Fiore, l. c., pag. 40-42.

stranieri; tutte le cose esistenti nel territorio, chiunque ne sia il proprietario; e tutte le azioni di qualunque natura ed in virtù di qualunque diritto si facciano valere, sono soggette ai principii ordinati a conservare l'ordine pubblico e l'interesse politico, morale e religioso posto a base di quella particolare associazione » (1).

Un tale pensiero è ancor più chiaramente espresso e sviluppato dal Pescatore. In seguito alla regola, ammessa prima (2), che la comunità del diritto unisce tutti gli Stati del mondo in una specie di *grande città*, egli si persuade che, per regola generale, nelle relazioni civili internazionali vi ha sempre una legislazione competente più d'ogni altra a reggere e determinare:

1° La condizione e la capacità delle persone in qualunque parte della vasta repubblica degli Stati abbiano ad esercitare i diritti rispettivi;

2° La condizione civile delle famiglie, i diritti e i doveri reciproci degli individui che governano e compongono le famiglie, e gli effetti di questi diritti e doveri sulle proprietà che la famiglia ed i membri individuali di essa posseggano nelle varie parti della repubblica degli Stati;

3° Le obbligazioni nascenti dai contratti in relazione alle cose tutte comprese nella grande repubblica.

A questa universalità degli effetti d'ogni diritto il Pescatore non trova appunto un limite (3) se non che nella facoltà spettante ad ogni Stato di tutelare i propri interessi politici, economici e morali. Gli è in forza di questo principio che ogni Stato, secondo il Pescatore, mantiene rigorosamente le proprie leggi in tutto ciò che si attiene all'*organismo della proprietà fondiaria*, alla forma costitutiva *dei diritti reali* che si ammettono o non si ammettono, al regime ipotecario, alla trascrizione della proprietà e simili ordinamenti che interessano l'economia dello Stato e la generalità dei possessori del territorio. In tal guisa lo statuto strettamente personale e quello regolatore delle convenzioni, perderanno la loro applicazione al territorio di quello Stato che abbia un *interesse morale* a respingerne il principio.

Il Pescatore dunque riassume così la formula del *jus commune* nelle relazioni civili internazionali: « Il cittadino della repubblica degli Stati invoca giustamente in qualunque territorio l'applicazione

(1) Fiore, l. c., 42.
(2) Pescatore, l. c., pag. 312.
(3) Pescatore, l. c., pag. 324.

della legge della sua patria particolare per quanto governa lo stato suo e della sua famiglia anche in relazione ai beni, dovunque situati; ed ha pur ragione d'invocare *dovunque* l'applicazione della legge che informò le convenzioni da lui stipulate; *purchè* però l'applicazione della legge nello Stato da cui essa non emana, non offenda l'interesse politico ed economico dello Stato medesimo, e non contraddica a quelle leggi che il legislatore del luogo, nel suo sovrano giudizio, ha consacrate siccome principii assoluti d'ordine pubblico, di morale e di religione » (1). Tale concetto del Pescatore acquista anzi tanto maggior valore e tanto maggior precisione quanto più egli ne riconosce il vero carattere, negando che si debbano qualificare *eccezioni* alla regola le norme di diritto internazionale procedenti dall'interesse morale e politico dei singoli Stati; perocchè nell'associazione generale delle nazioni le loro singole autonomie rappresentano quel principio di libertà e d'indipendenza individuale che è la prima sorgente del diritto comune (2). In tal guisa egli si avvicina assai a quella dottrina dei limiti della comunità di diritto che vedremo più tardi professata dal Brocher.

Potrebbe anzi dirsi che il Pescatore, piuttostochè aver definito il limite alla comunità di diritto col criterio dell'ordine pubblico, lo abbia trovato in un razionale concepimento dello *statuto reale*. Risalendo infatti al fine delle leggi e considerando la natura degli interessi, egli arriva a definire *statuti reali* quelle leggi che, disponendo circa la proprietà, provvedono ad un interesse politico od economico dello Stato, od in qualunque modo ad un interesse *territoriale* (3).

Tutto ciò fornisce un terzo tratto caratteristico della scuola italiana:

« 3. Essa, non respingendo il criterio ammesso dal Savigny e dal Mancini circa i limiti che la sovranità territoriale può imporre alla realizzazione universale della comunità del diritto, ne rende anzi più preciso il concetto e più sicure le applicazioni ».

229. — Tutti i nostri giuristi ora citati attribuiscono, nei fondamenti stessi della loro dottrina, la parte dovuta di efficacia alla sottomissione spontanea delle parti alla legge.

A che si riduce poi, nel sistema di questi scrittori, tale sottomissione volontaria?

Le leggi che dànno norma allo Stato ed alla capacità delle persone,

(1) Pescatore, l. c., pag. 325.
(2) Pescatore, l. c., pag. 325.
(3) Pescatore, l. c., pag. 334.

dice il Lomonaco, sono obbligatorie nel senso che le persone sullo stato e sulla capacità delle quali quelle leggi imperano, non possano esimersi dall'osservarle quando anche si rechino in estranea contrada. Non è così, aggiunge tosto, delle leggi intorno alla sostanza ed agli effetti delle obbligazioni *le quali sono facoltative* nel senso che i contraenti, cittadini o stranieri, possono derogarvi. Di una tale autonomia possono usare le parti in modo espresso o tacito, non avendo essa altro limite che l'ordine pubblico (1).

Benchè il Pescatore (2) precorra il Brocher nel rifiutarsi d'ammettere il consenso presunto, pure, nell'ammettere l'efficacia del consenso espresso, egli tien conto sufficiente della libera volontà delle parti.

Il Fiore, ammettendo invece anche la volontà presunta e la conseguente necessità di scoprirla e d'interpretarla, conviene col Lomonaco nel riconoscere regolata tutta questa materia dalla legge cui le parti si sottomettono nell'obbligarsi (3), col solo limite dell'ordine pubblico in quanto all'estensione dei suoi effetti.

E l'Esperson infine si esprime a questo riguardo tanto esplicitamente da togliere completamente di mezzo la possibilità di quegli equivoci che, rispetto alla dottrina di lui ed a quella della scuola cui egli appartiene, aveano potuto sorgere nella mente di taluno, forse per effetto del titolo del suo primo libro.

« Gli è vero, egli dice, che parlando della sostanza e degli effetti degli atti della vita civile, ho stabilito doversi aver riguardo non alla legge nazionale, ma bensì a quella a cui i contraenti ed i disponenti vollero sottomettersi. Senonchè devesi notare che *non assolutamente* fu da me applicato il principio di nazionalità alle relazioni civili internazionali, ma solo *in quanto poteva* essere applicabile. Non sempre importa conoscere a quale aggregazione politica appartenga un individuo, per determinare la legge che può da lui essere invocata. Vi sono degli atti nei quali egli si può considerare come cittadino del mondo e non come membro di una data nazione, tant'è che le leggi sancite da questa per regolare quegli atti non sono per lui obbligatorie, ma semplicemente facoltative avvegnachè aventi per oggetto d'interpretare la volontà dei disponenti o dei contraenti, e quindi non possono spiegare efficacia quando essi vi abbiano espressamente o taci-

(1) Lomonaco, l. c., pag. 154-156.
(2) Pescatore, l. c., pag. 336-339.
(3) Fiore, l. c., pag. 329.

tamente derogato. Perciò l'uomo, nelle cose totalmente dipendenti dal suo arbitrio, ha il diritto d'invocare le leggi, sieno nazionali, sieno straniere, ch'egli ha espressamente o tacitamente invocate; ed è in tal modo che si riconosce l'umana personalità in tutte le estrinsecazioni della vita civile » (1).

Da tutto ciò possiamo dedurre adunque con sicurezza un'ultima caratteristica della scuola italiana:

4° « Essa riconosce che la comunità del diritto, in tutto quanto non deriva nè dallo stato della persona dipendente dalla legge nazionale, nè dall'ordine pubblico dipendente dalla legge territoriale, si fonda sulla sottomissione volontaria delle parti ad una legge piuttosto che ad un'altra ».

230. — Se volgiamo ora contemporaneamente il nostro pensiero a tutti questi quattro caratteri che a parte a parte siamo venuti riconoscendo, coll'appoggio dei fatti, nella scuola italiana, possiamo raffigurare l'indole complessiva di questa o, per dir così, la sua fisonomia. Essa non ha interrotta la tradizione scientifica; anzi deriva dal Savigny del quale ammette la dottrina della comunità del diritto analizzandone gli elementi come furono rettificati dal Mancini; essa non introduce nella scienza principii non giuridici, ma riconosce e completa quelli già esistenti senza dare all'uno di questi un valore soverchio che paralizzi gli effetti degli altri. Il designare questa scuola col nome della nazionalità contiene dunque un'inesattezza, ed è proprio a far credere che, secondo la dottrina di quei giuristi, la nazionalità dello statuto personale annulli nelle applicazioni la efficacia dello statuto reale e quella della libera iniziativa delle parti. In un senso, potrebbesi darle il nome di scuola della nazionalità; poichè, secondo la sua dottrina, se la persona è retta dalla legge della propria cittadinanza, il libero arbitrio delle parti dà pure una cittadinanza ad ogni obbligazione, e gli effetti di tali due nazionalità vengono limitati dalla legge territoriale che è l'espressione e la tutela di un'altra nazionalità. In questo senso però si potrebbe anche dire con eguale verità che la teoria del Savigny riposa sul solo principio del domicilio. Ma qui piuttosto di fare un giuoco di parole od una questione di etimologia, devesi invece discernere un criterio giuridico, e mettere in chiaro per la scuola italiana, non tanto il nome col quale è conosciuta, quanto la verità effettuale delle cose.

(1) Esperson, *Principio di nazionalità*, Prefazione e Conclusione. — *Movimento giuridico*, pag. 34, 35.

Dopo averne dimostrata questa qualità, che io chiamerei di ortodossia nei fondamenti della dottrina, ci resta a rilevare brevemente il merito originale delle sue applicazioni nello sviluppare logicamente gli stessi concetti fondamentali. Così si vedrà, che se quei nostri scrittori non perturbarono l'armonia degli elementi scientifici stabiliti prima di loro, hanno saputo anzi progredire rettificandoli ed applicarli con indipendenza di giudizio in modo da offrire maggior numero di regole precise alla giurisprudenza, e forse col tempo anche ai trattati internazionali. Nell'indagare tali regole la maggior parte della materia era fornita fino a vent'anni or sono dal Fiore che, tenendo conto, come il Lomonaco, delle disposizioni positive del Codice italiano, e, come l'Esperson, dei principii fondamentali della dottrina, si diffondeva poi anche nei particolari fin dalle prime edizioni delle proprie opere in modo da costrurre un sistema che ha meritata tanta diffusione fra gli studiosi anche fuori d'Italia (1).

Anche il Pescatore che, dopo aver consumato tanti anni sulla cattedra, aveva finito col coprire uno dei più alti seggi della magistratura, era idoneo quanto altri mai a condurre a termine uno studio di tale specie, traendo dalla pratica dell'insegnamento gli ideali scientifici, e da quella del fôro la consapevolezza delle esigenze della vita reale. Qualche saggio di quanto egli avrebbe potuto fare, ce ne rimane in quel primo volume della logica del diritto che è restato poi malauguratamente unico. « È mio divisamento, egli diceva nel dare alle stampe quel volume (2), *se il tempo non vien meno ai bei desiri*, di trattare le più cospicue parti della materia secondo la logica del diritto, dispensandomi da tediose introduzioni e transizioni e da ripetere oziosamente le cose già dette da altri e già note ».

Nella breve esposizione delle regole che, tratte dalle opere di questi scrittori, potrebbero più o meno facilmente invocare la sanzione dei trattati internazionali, voglio procedere tenendo l'ordine stesso del Savigny, perchè se ne presenti maggiore l'opportunità dei raffronti.

231. — I. Stato della persona in se stessa. — Da quanto

(1) Fiore, *Diritto intern. privato,* 1ª ediz., Firenze, Le Monnier, 1869, 2ª edizione, 1874. — Trad. francese del Pradier-Fodéré, Paris, Durand et Pedone-Lauriel, 1874. — Trad. spagnuola di A. Garcia Moreno, con *Prefazione* di Cristino Martos, Madrid 1878.

(2) Pescatore, l. c., pag. xi.

è stato esposto parlando dei principii fondamentali, può dedursi questa regola (1):

1° Il diritto che regge lo Stato, e la capacità della persona, è puramente e semplicemente il diritto locale, cui questa persona è soggetta pel fatto della sua nazionalità.

2° Da tale definizione discende come necessaria conseguenza che, nei limiti segnati dall'ordine pubblico, l'esercizio dei diritti civili garantiti allo straniero e il modo di esercitarli, sono anche regolati dalla stessa legge straniera (2). Ammettendo poi che la legge personale debba reggere *tutte* le qualificazioni della persona, così quelle generali come quelle speciali, così le originarie come le susseguenti, se ne può trarre, circa l'assenza, la seguente applicazione:

« La base della dottrina dell'assenza, sta nella presunzione di vita o di morte dell'assente; tutto il resto non ne è che la conseguenza; nè è possibile una disgregazione senza scindere l'unità del principio »; perciò:

3° Tutto quanto riguarda l'assenza deve dipendere dalla legge nazionale (3). — L'esame attento della natura delle cose persuade finalmente che:

4° La nazionalità, come regola dello statuto personale, non deve cedere soltanto dinanzi all'ordine pubblico, ma talora, per motivi del tutto diversi e d'indole totalmente intrinseca al rapporto giuridico, deve essere sostituita dal domicilio. Ciò avviene, per esempio, nel fallimento, nel quale tutto ciò che riguarda così il debitore come i creditori ha una sede speciale al domicilio del fallito (4).

232. — II. Diritti sulle cose. — La maggioranza dei giureconsulti antichi e molti dei moderni ammettono, come norma generale, che la legge di ciascuno Stato debba regolare non solo la condizione giuridica delle cose esistenti nel territorio, ma anche tutti i diritti delle persone su quelle. Questo principio territoriale è stato conservato ancora in gran parte nel sistema del Savigny quando non si tratti di tutti i beni d'una persona o d'una famiglia considerati nella loro collettività. Ma nella dottrina del Savigny quella apparente territorialità era corretta dalla considerazione che, per lo stato della per-

(1) Savigny, 1ª regola, § 359 e 362, e cfr. sopra pag. 158, 159.
(2) Esperson, *Le droit int. privé*, parte II.
(3) Fiore, l. c., cap. IV.
(4) Fiore, l. c.; e vol. III di questo studio; *Indirizzo attuale della legislazione e della giurisprudenza.*

sona, la legge regolatrice risulta dalla volontaria sottomissione della persona stessa al diritto locale del domicilio, sicchè in un rapporto di diritto speciale nel quale si tratti di una cosa, la persona stessa si sottomette volontariamente alla *lex rei sitae*, eleggendo quasi un domicilio occasionale nel dominio della legge territoriale (1), col quale combina pure sovente la sede dell'obbligazione che il Savigny pone generalmente nel luogo dell'esecuzione.

Ma coll'ammettere che lo stato della persona sia retto dalla legge nazionale, cessava la possibilità di riconoscerlo come attivamente dipendente dalla sommissione volontaria. In un tale sistema non si poteva più ravvisare per analogia nella prevalenza dello statuto reale in un dato rapporto giuridico l'effetto della sottomissione volontaria, ma bensì un annullamento di quello statuto personale che ne può essere la sola origine.

Prima però di applicare le conseguenze di tale diversità nella dottrina scientifica, giova notare che in una regola preliminare i giuristi italiani vanno d'accordo col Savigny (2):

1° La distinzione fra mobili ed immobili non deve importare differenza quanto all'impero della legge sugli uni e sugli altri. Uno è il principio che li deve reggere, nè dalla natura loro si può desumere alcun motivo per sottometterli a diritti diversi (3). Posto così il principio dell'eguaglianza giuridica fra cose mobili ed immobili, qual genere d'autorità resta, in relazione ad esse, alla *lex rei sitae?*

2° Spetta alla *lex rei sitae* il determinare quali cose appartenenti al suo territorio debbano essere considerate mobili e quali immobili, quali cose siano confiscabili, quali si possano esportare; in generale tutto ciò che riguarda l'*organismo giuridico del territorio.*

3° Ad eccezione di questo principio assolutamente reale, la prevalenza delle leggi personali e territoriali dipende, per gli uni e per gli altri beni, dalla natura del diritto che si vuol far valere.

4° La legge personale regolerà gli uni e gli altri beni in quanto siano un accessorio della persona del proprietario, lasciandoli reggere dalla legge territoriale in quanto interessi l'organismo dello Stato.

5° Quando un viaggiatore trasporta seco un bagaglio attraversando varii territorii od un commerciante spedisce delle merci con

(1) Savigny, § 366.
(2) Savigny, § 366; Fiore, l. c., lib. II, sez. I, cap. I, pag. 276.
(3) V. Mancini, tornata della Camera dei deputati del 17 febbraio 1865; Lomonaco, l. c., pag. 105-120; Pescatore, l. c., pag. 312-323.

una propria nave, quel bagaglio e quelle merci non possono dipendere nè dalla legge nazionale del proprietario, nè da una *lex rei sitae;* in questi casi speciali, tali cose si considereranno rette dalla *lex domicilii* (1).

Il possesso, che di sua natura è un rapporto puramente di fatto, è necessariamente soggetto al diritto del luogo dove è situata la cosa mobile od immobile del possesso della quale si tratta. Per effetto di tale considerazione il Savigny aveva formulata la regola: che secondo il diritto locale si debba giudicare la questione dell'acquisto o della perdita del possesso, cioè della sua esistenza, con qualunque fine sia posta la questione e qualunque sia per esserne il risultamento (2). Un tale punto di veduta è adottato interamente dal Fiore il quale riconosce nella *lex rei sitae* l'autorità di regolare il possesso sia come stato di fatto, sia come causa di effetti essenzialmente giuridici, concludendo:

6° Secondo la legge del luogo nel quale vuolsi esercitare l'azione possessoria, si deve decidere quali siano le cose e i diritti che possano esserne oggetto, le qualità che nel possesso debbano manifestarsi, il periodo di tempo necessario nella sua durata per giustificare l'azione, gli atti esteriori che possano costituire la turbativa e il termine nel quale l'azione possessoria debba essere esercitata (3). Ora al possesso si collega una conseguenza giuridica importantissima; la prescrizione acquisitiva.

7° Questa confondendosi colla proprietà ed interessando intimamente l'organismo dello Stato, deve essere del tutto regolata dalla *lex rei sitae*, senza distinguere se si tratti di cosa mobile od immobile (4). — Dallo stesso principio dell'organismo politico dello Stato discendono altre due regole riguardanti la proprietà:

8° La *lex rei sitae* determina quali siano le cose che possano formare oggetto di proprietà pubblica o privata e quali sieno quelle che si debbano considerare *extra commercium;* regola tutto quanto si riferisce alla natura fisica e giuridica ed alla composizione ed aggregazione delle cose suscettibili di proprietà; e definisce quali possano essere nel territorio le limitazioni all'esercizio del diritto assoluto di proprietà.

(1) Fiore, l. c., pag. 277; Savigny, § 366.
(2) Savigny, l. c., § 368 in fine.
(3) Fiore, l. c., pag. 280.
(4) Lomonaco, l. c., pag. 111-115; Fiore, l. c., pag. 283-287.

9° Il proprietario può *far servire* la cosa a tutti gli usi che siano ad un tempo compatibili colla legge da cui dipende il suo diritto, colla natura della cosa e colla *lex rei sitae;* e può *cedere* la cosa per intero od in parte secondo la legge che regola il titolo dell'acquisto del dominio (1). L'applicazione alle servitù degli stessi principii svolti finora fa si che si debba dare grande importanza alla distinzione fra servitù personali e prediali, e che le prime risultino regolate dalle seguenti regole, le quali non sono che corollari dei criteri esposti circa la proprietà.

10° Non si possono riconoscere, sui beni mobili od immobili esistenti nel territorio di uno Stato, se non che quelle servitù personali che non sono vietate dalla legge territoriale, sia che derivino dalla legge, sia da un fatto dell'uomo.

11° Quando il proprietario della cosa e quello cui appartiene il diritto di servitù siano cittadini di Stati diversi, e il titolo, da cui la servitù deriva, non determini completamente i diritti e le obbligazioni speciali reciproche, si applicherà, per integrarlo, la legge nazionale del proprietario, perchè la proprietà è il diritto principale.

12° Quando il proprietario e quello a cui appartiene la servitù sono cittadini della stessa patria, si applicherà la loro legge, e non quella *rei sitae*, non solo per stabilire quando la servitù si possa dire costituita o per disposizione di legge o per un fatto dell'uomo, ma anche per determinare l'estensione dei diritti e degli obblighi reciproci, semprechè non ne resti offeso, nel paese della situazione della cosa che è oggetto della servitù stessa, il regime della proprietà (2).

Da quest'ultima regola apparisce che, secondo il Fiore, se il magistrato da cui dipendono due stranieri soggetti al diritto romano, per far cessare il condominio esistente fra loro sopra una cosa situata dove non è ammessa l'aggiudicazione fra i modi d'acquisto dell'usufrutto, pure aggiudicasse, secondo la propria legge, la nuda proprietà ad una di quelle persone e l'usufrutto all'altra; il non essere ammesso dalla *lex rei sitae* quel modo d'acquistare l'usufrutto, non sarebbe motivo sufficiente per non ammetterlo, quando ciò non vi offendesse l'organismo politico della proprietà.

Così resta meglio determinato colla dottrina e coll'esempio quell'elemento di ordine pubblico che il Savigny aveva enunciato troppo

(1) Fiore, l. c., pag. 281, 291.
(2) Fiore, l. c., pag. 291, 293.

vagamente colle parole « Istituzione di uno Stato estero la cui esistenza in generale non è ammessa nel nostro » (1). Secondo il Savigny infatti l'aggiudicazione del magistrato non potrebbe in veruna maniera essere ammessa in tal caso nel territorio dov'è situata la cosa.

13° Le servitù prediali invece devono, per regola generale, essere regolate esclusivamente dalla *lex rei sitae* se dipendono dalla legge, nel qual caso sono stabilite nell'interesse della proprietà fondiaria (2).

14° Se invece dipendono dal fatto dell'uomo, nel qual caso ci troviamo dinanzi ad un contratto, che, obbligando la persona, si riferisce anche direttamente alla cosa, come sarebbe per esempio nel pegno o nell'ipoteca, allora bisogna distinguere il vincolo giuridico in se stesso dal diritto reale che ne risulta. Per determinare quali obbligazioni possano essere garantite con diritto di pegno o di ipoteca, si deve applicare la legge cui l'obbligazione è per se stessa sottoposta; ma, per determinare l'idoneità della cosa, fa d'uopo applicare la *lex rei sitae*. La validità della costituzione del diritto di pegno si giudica secondo la legge sotto l'impero della quale esso fu costituito: ma il creditore non può farlo valere dove si trova la cosa, quando non vi si trovino tutte le condizioni di efficacia secondo la *lex rei sitae*. Quindi un pegno costituito in paese retto dal diritto romano che non ammette la necessità della tradizione, non può, se la tradizione originariamente non ha avuto luogo, e la cosa mobile è stata trasportata in paese che ammetta la tradizione come necessaria, essere fatto valere in questo ultimo paese. Perciò il diritto del creditore e quello del debitore sulle cose oppignorate, l'*actio pignoratitia directa* e l'*actio pignoratitia contraria*, devono giudicarsi secondo la legge cui è per se stesso sottoposto il contratto di pegno, ma le *azioni* reali e le *azioni* possessorie sulla cosa oppignorata, devono essere rette dalla *lex rei sitae* (3).

Così pure nell'ipoteca è necessario distinguere il diritto reale che acquista il creditore sulla cosa altrui, dagli effetti che ne derivano, e dall'azione ipotecaria. Il diritto reale riguarda il fondo direttamente e lo accompagna nella proprietà di chiunque quel fondo passi, in modo che la cosa può considerarsi obbligata fino alla soddisfazione del debito; quel diritto è un accessorio dell'obbligazione personale

(1) Savigny, l. c., § 349 B.
(2) Fiore, l. c., pag. 296-298.
(3) Fiore, l. c., pag. 307, 312.

di cui garantisce l'esecuzione, e, purchè non offenda il regime della proprietà territoriale, dev'essere regolato dalla stessa legge che regola l'obbligazione principale. Ma l'azione ipotecaria è d'altronde un'azione reale, in virtù della quale il creditore può agire contro il terzo detentore del fondo ipotecato, e farlo condannare o ad abbandonare il fondo od a soddisfare il debito, non già perchè il convenuto abbia alcuna obbligazione personale verso di lui, ma perchè vi è tenuto nella sua qualità di possessore del fondo che è direttamente obbligato. Essendo tale l'azione ipotecaria, essa deve esercitarsi in conformità colla legge territoriale, e soltanto allorchè sieno adempiute tutte le condizioni da essa richieste perchè il creditore, cui appartiene il diritto di ipoteca, possa intentarla. E siccome, nell'ipoteca legale il Fiore ravvisa l'azione del consenso tacito delle parti, così ad essa pure egli vuole applicati gli stessi principii (1).

233. — III. Diritti delle obbligazioni. — Vedemmo già che il Savigny fa dipendere l'indicazione della sede propria d'ogni obbligazione dalla volontaria sottomissione espressa o tacita (2) delle parti e che egli considera tale sottomissione come la forza che trae le parti ad obbedire alla legge del territorio destinato all'adempimento dell'obbligazione.

Il Lomonaco (3) ammette la prima parte della massima del Savigny, ma ricusa d'ammettere la seconda, e ricorre al luogo della stipulazione per trovare la sede del vincolo giuridico. Il Pescatore (4) si avvicina assai più alle regole del Savigny. Dopo avere riconosciuto che il luogo della stipulazione può essere del tutto accidentale, egli riduce la questione a determinare quale sia, nei casi diversi, lo Stato che, nelle relazioni civili dei membri appartenenti alla *grande città* (*civitas gentium maxima*), debba guarentire la esecuzione dell'obbligazione convenzionale. Ora egli constata che in generale lo Stato il quale si trova nella condizione accennata, è quello nel cui territorio è domiciliata la persona del debitore, come quello che nella propria giurisdizione ha la persona obbligata e più sovente anche quei beni della persona medesima che formano la garanzia del creditore. Però il domicilio non indica la sede dell'obbligazione per se stesso, ma solo in quanto sia il luogo più proprio all'esecuzione. Che

(1) Fiore, l. c., pag. 312-326.
(2) Savigny, l. c., § 369-374.
(3) Lomonaco, l. c., pag. 155, 157.
(4) Pescatore, l. c., pag. 315 e seg.

se il domicilio del debitore non combinasse colla situazione dei beni e colla residenza della persona, il Pescatore vorrebbe che si ricercasse in quale dei due territorii l'obbligazione debba essere eseguita per espresso o tacito patto dei contraenti.

Il Fiore (1) s'accorda egli pure col Savigny nel ritenere che, in materia d'obbligazioni, tutto debba dipendere dalla legge cui le parti si sottomettono nell'obbligarsi. Ma quando si tratta di *presumere* una volontà delle parti che non sia stata espressa, egli non ammette assolutamente il predominio nè della legge del luogo destinato all'esecuzione, nè di quella del luogo dove avviene la stipulazione. Egli distingue nelle obbligazioni ciò che si riferisce ai *soggetti* del rapporto di diritto, vale a dire, il *vinculum juris*, da ciò che si riferisce all'*oggetto*, che è un fatto riducibile a valore pecuniario; e vuol regolato il primo dalla legge del luogo dove si è verificata l'armonia del consenso delle parti, ed il secondo da quella del luogo destinato alla esecuzione, respingendo così il concetto del Savigny, secondo il quale dovrebbero combinarsi in uno stesso luogo la giurisdizione ed il diritto locale dell'obbligazione. Da tutto ciò egli conclude che:

« Le condizioni essenziali all'esistenza e necessarie alla validità delle obbligazioni, devono dipendere dalla legge del luogo dove le parti si sono obbligate; mentre tutto ciò che riguarda l'adempimento, deve regolarsi colla legge del luogo di esecuzione ».

Egli illustra poi questa prima proposizione colle seguenti proposizioni sussidiarie:

a) « Il contratto fatto per lettere s'intende conchiuso e perfetto nel luogo in cui è accettata la proposta, e tostochè la volontà dell'accettante abbia acquistata un'esistenza esteriore indipendente » (2).

b) « I contratti fatti col mezzo di intermediario sono perfetti dove risiede l'intermediario che riunisce in se stesso le singole volontà delle parti ».

c) « I contratti fatti in un luogo e ratificati in un altro sono perfetti nel luogo dove è seguìta la convenzione e non in quello dove questa è stata ratificata, perchè la ratifica retroagisce al luogo ed al tempo del contratto ».

(1) Fiore, l. c., pag. 329 e seg.

(2) Fiore, l. c., Appendice, pag. 588-592. Tale opinione è sostenuta nella seconda edizione. Nella prima l'autore aveva difesa la conclusione contraria ammessa anche dal Mancini e secondo la quale il contratto per corrispondenza è perfetto quando l'accettazione è conosciuta dal proponente (§ 247, pag. 338-341).

d) « Il luogo dell'esecuzione si determinerà o dalla volontà espressa dalle parti, o dalla natura della convenzione e dalle circostanze o, in mancanza di tutto ciò, dal domicilio del debitore ».

Riassumendo dunque tutto ciò, possiamo ritenere come l'opinione più accettata in Italia in materia di obbligazioni, quella che risulta dalle seguenti regole:

1° Si riconosce che, nei limiti consentiti dall'ordine pubblico e dallo statuto personale, è la sottomissione volontaria delle parti, quella che determina la legge dalla quale un'obbligazione debba essere regolata.

2° Tutto ciò che riguarda l'obbligazione in se stessa ed i suoi effetti immediati deve essere giudicato secondo la legge del luogo della stipulazione.

3° Tutto ciò che riguarda l'esecuzione ed i suoi effetti deve essere retto dalla legge del luogo dove fu destinata la prestazione.

4° Gli effetti che derivano da avvenimenti accidentali non intimamente collegati nè colla stipulazione nè coll'adempimento, devono regolarsi colla legge del luogo dove nasce la causa da cui dipendono.

La sommissione volontaria delle parti ammessa dal Savigny come elemento d'indicazione della legge regolatrice delle obbligazioni, è dunque da quei nostri giuristi intesa in modo diverso da quello adottato da lui, per tutto ciò che riguarda il *vincolo* di diritto considerato indipendentemente dalla sua esecuzione.

Interpretazione. — Quanto all'interpretazione, il Savigny aveva (1) prescritto che non vi si desse un'estensione tale da farle abbracciare anche tutte le altre questioni relative al diritto locale dell'obbligazione. Per non togliere alle questioni che vi si riferiscono ogni proprio significato, egli voleva attribuirvi un senso più ristretto, ed applicarla ai dubbii che possono far nascere le espressioni ambigue del contratto, riducendola, come l'interpretazione delle leggi, ad una indagine di fatto. Un tale criterio è stato pienamente adottato in Italia, ed il Fiore lo ha sviluppato così:

« Si deve badare all'intenzione delle parti. Quando il dubbio deriva dall'oscurità delle espressioni adoperate, si impiegheranno i precetti interpretativi del diritto romano. Nei contratti fra cittadini di vari paesi può anche accadere che le parole, pur essendo chiare e

(1) Savigny, l. c., § 374, B.

certe, abbiano un significato diverso secondo le varie leggi a cui si riferiscono; ed anche qui si deve indagare sopratutto l'intenzione delle parti e, secondo tale criterio, dare la prevalenza ora alla legge del luogo dove seguì la stipulazione, ed ora alle *lex rei sitae*. La misura delle cose mobili deve essere fatta secondo la legge del luogo destinato per la consegna, potendosi considerare la misura come atto distinto dalla vendita e piuttosto come un modo di esecuzione dipendente dalla legge del luogo dove le merci devono essere consegnate. Se la moneta colla quale si deve pagare ha un valore reale diverso nel luogo della stipulazione ed in quello in cui il pagamento è domandato, si ammette il valore determinato dalla legge del primo luogo e non quella del secondo, se nel contratto questo luogo non fu designato; ma se lo fu, questo dovrà determinare la forma del pagamento in omaggio alla presunta volontà delle parti » (1).

Contratti fatti in territorio estero. — A questi il Fiore applica la distinzione, fatta antecedentemente, del vincolo giuridico dall'esecuzione dell'obbligo che da quello dipende, e distingue pertanto l'efficacia giuridica del contratto dalla sua forza esecutiva.

A) *Efficacia*. — Qualunque contratto valido secondo la legge del luogo dove le parti si sono obbligate, può ricevere dovunque la sanzione giudiziaria, purchè la prestazione a cui si vuol costringere il debitore non sia contraria ai principii di ordine pubblico, ai regolamenti di polizia ed alle leggi proibitive vigenti nel luogo dove si esercita l'azione.

B) *Forza esecutiva*. — I contratti fatti all'estero non possono manifestare la loro forza esecutiva, se ciò non è concesso dalla magistratura locale cui fa d'uopo richiederla secondo le prescrizioni della legge territoriale (2).

Estinzione delle obbligazioni. — Qui la dottrina italiana torna a trovarsi d'accordo con quella del Savigny, ammettendo che « la *solutio*, considerata come modo di estinguere l'obbligazione, è regolata dalla legge del luogo destinato per l'adempimento dell'obbligazione medesima » (3). Quindi tutte le questioni relative al modo di fare il pagamento; alla qualità delle cose che possono essere pagate; alle persone alle quali il pagamento può farsi affinchè il debitore si possa dire validamente liberato; agli effetti del pagamento con sur-

(1) Fiore, l. c., pag. 372-375.
(2) Fiore, l. c., pag. 376, 385.
(3) Fiore, l. c., pag. 394.

rogazione; ai casi nei quali il debitore può essere autorizzato a liberarsi mediante deposito preceduto da offerta reale, ed alla forma di tali atti, devono essere regolate dalla *lex loci solutionis*.

234. — Prescrizione delle azioni. — Su questo argomento i nostri giuristi vanno apparentemente tutti d'accordo col Savigny, che vuol regolata la prescrizione delle azioni dal diritto locale dell'obbligazione (1). Infatti l'Esperson ammette che debba prevalere la legge alla quale si ha riguardo per la sostanza e per gli effetti del contratto, perchè la durata dell'azione concerne la sostanza dell'obbligazione e le sue conseguenze immediate (2). Il Lomonaco dice egli pure che la durata dell'azione si riferisce alla sostanza dell'obbligazione e alle conseguenze non accidentali ma immediate che da questa derivano (3). Il Pescatore ammette che la prescrizione estintiva è una causa di estinzione inerente all'obbligazione, la quale nasce con questo germe di estinzione e di morte, che perciò deve dipendere, come tutto il resto, dalle leggi dello Stato chiamato in origine a prestare alla stessa obbligazione la garanzia sociale (4). Ed infine il Fiore conferma la massima generale esposta dagli altri, dicendo che la sola opinione ragionevole ed accettabile è quella che la prescrizione liberatoria delle azioni derivanti da un'obbligazione, debba essere retta dalla stessa legge che regola l'obbligazione, cioè il *vinculum juris* (5).

Ma un tale accordo dei nostri giuristi col Savigny e fra loro, è soltanto apparente in questo caso; poichè, non essendo identica, secondo loro, la legge che deve regolare l'obbligazione, non può essere identica nemmeno quella indicata per regolare la prescrizione liberatoria. Si è notato infatti che, secondo il Savigny, la sede e il diritto locale delle obbligazioni trovasi nel luogo destinato per il loro adempimento, e che perciò, secondo l'opinione di lui, quel medesimo diritto deve reggere la prescrizione liberatoria. Il Pescatore invece che, per Stato, chiamato in origine a fornire all'obbligazione la garanzia sociale: intende, ora quello del domicilio della persona obbligata al momento in cui si è formata l'obbligazione, ora quello della residenza della persona combinata coll'esistenza di beni che garantiscano l'adempimento (6), ora infine quello della situazione di certi beni cui un'ob-

(1) Savigny, l. c., § 374.
(2) Esperson, *Principio di nazionalità*, cap. VII, n. 38.
(3) Lomonaco, l. c., pag. 172.
(4) Pescatore, l. c., pag. 322.
(5) Fiore, l. c., pag. 392.
(6) Cfr. Pardessus, *Cours de dr. commercial*, vol. III, n. 1495, pag. 286, 287.

bligazione, sia pure personale, si riferisca (1); muta analogamente l'indicazione della legge che deve governare la prescrizione. Il Lomonaco, che fa dipendere l'obbligazione dal suo diritto d'origine, cioè dalla legge del luogo di stipulazione, fa per conseguenza dipendere dalla medesima legge anche la prescrizione dell'azione. Così pure il Fiore, facendo regolare dalla legge del luogo di esecuzione il solo adempimento dell'obbligazione; e tenendo la prescrizione in conto, non già di equipollente dell'adempimento, ma di dipendenza dal *vinculum juris*, la fa reggere dal diritto proprio di questo vincolo, che è la legge del luogo della stipulazione (2).

Concludendo, in questo argomento della prescrizione, troviamo gli scrittori in un accordo negativo e generico nella regola seguente: « Non è da adottarsi la dottrina dello Huber, seguìta in Inghilterra ed in America, secondo la quale la prescrizione delle azioni deve regolarsi secondo la *lex fori;* ma devesi prendere per base il diritto stesso che regge l'obbligazione ». Ma, siccome quegli scrittori non s'accordano poi nell'indicazione del diritto locale dell'obbligazione, così discordano anche circa quello che deve reggere la prescrizione. Si può nondimeno constatare una prevalenza in favore della legge di origine del rapporto giuridico, cioè di quella del luogo di stipulazione; e dico che si può constatarlo soltanto, perchè mi paiono d'altro canto definitive le ragioni colle quali il Lehr (3) sostiene così validamente la prevalenza della legge del luogo d'esecuzione.

235. — IV. Diritto di successione. — Le idee del Savigny circa la legge unica regolante la successione, trovarono anche in Italia non lievi obbiezioni. S'è visto con quanta pertinacia fossero combattute dal Rocco (4). A questo faceva eco nel 1866 il Ferrero-Gola. « Il diritto di successione, scrive egli, tocca troppo direttamente l'economia generale di un paese, perchè esso possa esercitarsi in casa nostra secondo le leggi straniere. Dall'applicazione di un sistema piuttosto che d'un altro in siffatta materia, dipende la prosperità ed il progresso economico d'un popolo, e ciò che particolari circostanze rendono tollerabile in un luogo, non potrebbe in alcun modo essere ammesso in un altro. Anzi, per la sua speciale natura, il diritto di succedere tocca assai davvicino il diritto politico d'ogni Stato e la

(1) Pescatore, l. c., pag. 322.
(2) Fiore, l. c., pag. 392.
(3) *Revue de droit int. et de lég. comp.*, vol. XIII, 1881, pag. 516, 519.
(4) Rocco, v. sopra, pag. 152.

stessa forma costituzionale del Governo, cosicchè, se non valessero le altre considerazioni, basterebbe cotesta per provare che ogni nazione, non solo può, ma deve far valere la sua legge riguardo alla trasmissione ereditaria dei beni che costituiscono il suo territorio » (1).

Ma tali obbiezioni speciose non valsero a deviare gli altri italiani dal retto sentiero. Essi restarono persuasi, d'accordo col Savigny, che mercè delle leggi sulle successioni, lo Stato non ha per fine principale di regolare la sorte degli *oggetti*, cioè i beni, ma bensì quella dei *soggetti*, cioè le persone. Sicchè quelle leggi sono emanate, secondo il loro giudizio, per quelli che appartengono allo Stato; e non si riferiscono ai beni che in quello sono situati, ma sono appartenenti a chi sia soggetto alla legge d'un altro territorio. Si può dunque ritenere unanime la scuola italiana nell'ammettere col Savigny che le leggi relative alle successioni debbano considerarsi come statuti personali.

Tale dottrina ha del resto lunga ed onorata tradizione in Italia, dove la si trova professata fino dal tempo dei commentatori medioevali. « È una bella questione, dice Alberigo da Rosate, quella di sapere con quale legge debba regolarsi la successione di chi lasci beni in diversi Stati ». Gli uni sostenevano che debbansi rispettivamente seguire le leggi dei singoli territorii dove i beni sono situati, gli altri preferivano alle leggi delle situazioni dei beni, quella del luogo dove è stata aperta la successione. V'era anche una terza opinione, ed è quella da Alberigo preferita, in favore della legge personale del defunto. « Lo statuto, soggiunge egli, è personale e non reale; ed eccone la prova più certa. L'eredità non consiste nei beni; perchè può avvenire che beni non esistano, eppure ciò non impedisce che vi sia un erede. E che sarà un tale erede? Ciò che è ogni erede; il rappresentante della persona del defunto. E se esso continua la persona del defunto, facendo astrazione dai beni che il defunto possedeva, o non possedeva, bisogna dire che esso succeda in virtù dello statuto personale » (2).

236. — Il Savigny però faceva dipendere lo statuto personale dal diritto locale del domicilio. Ora, siccome la scuola italiana collega

(1) Ferrero-Gola, *Corso di diritto intern. pubbl. privato e marittimo*, vol. II, lez. 70, pag. 306. Parma, Grazioli, 1866.

(2) Albericus de Rosate, sup. *Cod. De Summa Trinitate*, n. 25 (fol. 8); e *Comment. De Statutis*, lib. I, quaest. XLVI, 8: " Cinus vero aliter et forte non male videtur dicere quod non debeat attendi ubi sunt bona, sed an

invece quello statuto col diritto nazionale dell'individuo, così ne segue di necessaria conseguenza che anche in tale materia, come in tutto quanto riguarda lo stato e la capacità della persona, la legge del domicilio debba essere sostituita da quella della nazionalità. Questa è infatti la legge sotto la quale civilmente vive la persona; e pertanto tutti i rapporti personali dell'uomo devono essere da tale legge regolati (1). Questo principio ha comune con quello del Savigny il pregio di non negare alla successione, come lo fa il principio professato dai realisti: « quot sunt bona diversis territoriis obnoxia totidem patrimonia intelliguntur », il carattere di continuazione della personalità del defunto. Tanto il principio del Savigny, quanto quello della scuola italiana sono basati sulla massima che: « haeres et haereditas tametsi duas appellationes recipiant, unius personae tamen vice funguntur ». Ma il concetto di nazionalità, preferito dalle dottrine del nostro paese, manifesta taluni pregi e genera come conseguenze una semplicità ed una sicurezza del tutto peculiari, dimostrandosi per tal guisa di gran lunga preferibile in tale materia alla dottrina stessa del Savigny.

1° Quest'ultimo, preferendo la legge del domicilio, deve richiedere la constatazione della capacità personale del testatore in due luoghi diversi, in quello cioè della redazione del testamento ed in quello della morte. Per chi fa reggere invece la persona dal suo statuto politico, tale statuto fornisce un criterio unico e stabile per giudicare, rispetto a qualunque momento della sua vita, il suo grado più o meno pieno di capacità giuridica.

2° Secondo il Savigny la capacità del testatore, dipendente dalle condizioni fisiche di lui, può essere constatata secondo le leggi del luogo dove esso era domiciliato nel momento della redazione del testamento; ed il contenuto delle disposizioni testamentarie apprezzato invece secondo la legge dell'ultimo domicilio del testatore. Secondo la scuola italiana la legge nazionale del defunto è il criterio unico per decidere e della di lui capacità a testare e del contenuto del testamento.

decedens sit origine et domicilio citramontanus et tunc si persona citramontana, servetur consuetudo citramontana, si ultramontanus ultramontana ut sic magis attendatur persona de cuius hereditate agitur quam ubi sint sita bona..... Et hanc opinionem credo veriorem „. V. sopra, vol. I, § 118, pag. 358-360 e pag. 359, n° 1 e 2.

(1) Fiore, l. c., pag. 515.

3° La capacità personale degli eredi deve, così secondo l'una come secondo l'altra dottrina, essere giudicata secondo il loro statuto personale, che dipende però, secondo il Savigny, dalla legge del domicilio, e, secondo i giuristi italiani, dalla legge nazionale, e che in entrambi i casi resta senza effetto quando ammetta incapacità non riconosciute dalla legge della successione. Ma i maggiori pregi che presenta in questa materia il principio di nazionalità si riconoscono nella successione intestata e nella successione dei beni vacanti.

4° Il Savigny e gli Italiani, specialmente il Fiore, ammettono la prima come risultamento della presunta volontà della persona, che sarebbe assurdo supporre espressa da un medesimo individuo e per la stessa causa e nello stesso momento, con tanta diversità di sostanza, di forma e di effetti, quanto sono diversi i territorii dove i beni del defunto possono essere situati. Ora, riconoscendo la logica necessità di supporre unica tale volontà presunta, e di supporne uniformi e regolati da una medesima legge il tenore e gli effetti, si deve pur ammettere che tale legge unica debba essere la legge nazionale. Questa infatti indica un legame di tale importanza da doversi ritenere che il defunto lo abbia apprezzato secondo il suo giusto valore, ed abbia voluto restarvi sottoposto; il che è tanto più evidente inquantochè se lo avesse voluto, avrebbe potuto naturalizzarsi nel luogo del proprio domicilio. Invece questo ultimo domicilio può essere stato scelto da lui per motivi d'indole transitoria, coll'animo di stabilirvi bensì una sede di affari, ma non già un centro della propria attività e di tutti i proprii diritti. E quel domicilio potrebbe essere stato adottato dal defunto tanto poco tempo prima di scendere nel sepolcro, da arrivare, ammettendo la soluzione preferita dal Savigny, alla conseguenza assurda che uno statuto il quale può non aver regolata la persona in quasi nessun atto della sua vita, debba sostituirne in modo assoluto la volontà con immutabile efficacia nel solenne momento della morte.

5° Per questi stessi motivi non si può ammettere che la successione vacante venga raccolta, come voleva il Savigny, dal fisco del domicilio; ma bensì appariva ai giuristi italiani più ragionevole che il fisco dei paesi dove sono situati i beni debba astenersi dall'esercitare diritti e dall'accampare pretese soltanto nei riguardi dello Stato cui la persona appartiene per vincolo politico (1).

(1) Fiore, l. c., pag. 496-533.

Dai principii già esposti circa l'interpretazione e la forza esecutiva degli atti compiuti all'estero, discendono altre due regole sussidiarie:

6° Tutto ciò che riguarda il contenuto del testamento e la sua interpretazione, deve essere regolato, non già dalla legge del luogo del testamento e dei beni, ma da quella nazionale del defunto.

7° Se i beni del defunto trovansi in diversi territorii, il testamento, benchè valido per se stesso, deve essere in ciascuno Stato dichiarato esecutorio dalla magistratura territoriale, la quale però non potrà privarlo della forza esecutiva se non che quando contenga offesa all'ordine pubblico dello Stato, sia alterandovi il regime generale della proprietà, sia disponendo in aperta contraddizione colle istituzioni e col diritto pubblico interno in quello vigenti (1).

237. — V. Diritto di famiglia. — In questa specie di rapporti troviamo adottato senza eccezioni il punto di veduta del Savigny; sicchè, in generale, si può riconoscere come ammesso che « la famiglia è giuridicamente un complesso di rapporti sopratutto personali fra i membri che la compongono, e che la sua costituzione interessa sommamente la vita morale e l'ordine sociale del paese cui essa, per effetto della cittadinanza del proprio capo, appartiene » (2).

A) Il *matrimonio* è il più importante fra tutti i rapporti di famiglia, come quello che corrisponde all'origine ed al punto di formazione di tutti gli altri; e, rispetto ad esso, giova esaminare distintamente col Savigny quattro punti distinti:

1° Quale è la sede del vincolo coniugale e la legge che deve regolare l'esistenza e la validità del matrimonio?

2° Quale legge deve regolare gli obblighi personali dei coniugi?

3° Quale gli effetti del matrimonio sui beni dei coniugi?

4° Quale infine l'ammissibilità, la non ammissibilità, od il riconoscimento del divorzio?

1° *Sede del vincolo coniugale.* — In un rapporto così essenzialmente personale e nel quale predomina l'influenza del capo della famiglia, lo stesso motivo che induceva il Savigny a far prevalere il domicilio e la legge del domicilio del marito, doveva indurre la scuola italiana a far prevalere la nazionalità di lui e la rispettiva legge nazionale; sicchè può ritenersi come ammessa la seguente regola: « La validità del matrimonio e i rapporti di famiglia devono

(1) Fiore, l. c., pag. 532, 533.
(2) Lomonaco, l. c., pag. 84.

essere regolati dovunque dalla legge nazionale del marito, finchè questa non contraddica al diritto pubblico del luogo dove i coniugi sono domiciliati o vogliono far valere i loro diritti » (1).

Dal che discende come corollario la regola seguente:

« La legge che regola la capacità dello straniero avrà effetto, come elemento del suo statuto personale, quando non sia contraria ai principii di ordine pubblico del paese dove il matrimonio si vuol contrarre » (2).

La teoria della nullità, ardua per tutti i rapporti di diritto, lo è viemmaggiormente per il matrimonio, contratto *sui generis* e per tanti rispetti suscettibile di disposizioni d'ordine pubblico. Il Fiore si diffonde maggiormente nel trattare tale questione ed accetta i quattro principii seguenti:

α) « La nullità del matrimonio non si può ammettere per presunzioni o per induzioni, ma quando sia espressamente comminata dalla legge cui per se stesso il matrimonio è sottoposto: nel dubbio la presunzione dev'essere sempre per la validità ». Questo principio ed i due che seguono, riconoscono l'elemento preponderante di personalità che si riscontra nel matrimonio, e l'interesse sociale stesso che richiede sopratutto sicurezza e stabilità nello stato famigliare e nei rapporti di famiglia.

β) « Le sole persone che possono esercitare l'azione per nullità sono quelle cui la legge lo concede ».

γ) « La legge secondo la quale devono essere giudicate le azioni di nullità dirette contro un matrimonio, la prescrizione delle stesse azioni, e le eccezioni di inammissibilità, è quella che regola il matrimonio, secondo le distinzioni già fatte ». Sicchè sarà applicata la legge del luogo di celebrazione ogniqualvolta la nullità dipenda da offesa alle sue disposizioni di ordine pubblico.

δ) « Il tribunale al quale sia presentata una domanda per nullità di matrimonio, ha diritto di esaminare se la legge del paese dello straniero, in virtù della quale si vuole ottenere l'annullamento, sia contraria ai principii di ordine pubblico vigenti nel luogo in cui si fa il giudizio, ed in tal caso può rifiutarsi di pronunciare la nullità » (3). Così anche quell'elemento d'ordine pubblico, che era ammesso, in tale materia più largamente che nelle altre, d'accordo col Savigny, ma che

(1) Fiore, l. c., pag. 140.
(2) Fiore, l. c., pag. 142.
(3) Fiore, l. c., pag. 147, 148.

era stato enunciato da quest'ultimo in modo piuttosto indeterminato, viene più opportunamente distinto, in quanto può dipendere dalla legge nazionale delle parti, dalla legge del luogo del matrimonio, o da quella del luogo dove se ne domanda la nullità. Dall'applicazione di tali regole se ne deduce un'altra d'indole pratica.

« Se due individui, recatisi in paese straniero per eludere la legge della loro patria, vi trascurarono una forma puramente estrinseca, come sarebbe, per esempio, una solennità maggiore o minore, il matrimonio sarà valido egualmente; ma, se sono andati all'estero per omettere una forma sostanziale, come sarebbe per celebrare l'unione religiosamente e non civilmente, questo matrimonio non potrebbe essere riconosciuto nella loro patria; poichè in ciò non potrebbe valere la massima generalmente ammessa, che tutte le questioni relative alla celebrazione del matrimonio ed alla prova, si devono risolvere applicando la legge del luogo in cui è seguìto il matrimonio ».

2° *Diritti e doveri dei coniugi.* — « La legge nazionale dei coniugi deve regolare gli effetti civili del matrimonio, l'esercizio della potestà maritale ed i diritti e doveri reciproci dei coniugi; però tutte le leggi ordinate a conservare la moralità e la disciplina della famiglia e a determinare l'esercizio del potere domestico, sono applicabili anche ai coniugi stranieri domiciliati o residenti ».

3° *Effetti del matrimonio sui beni.* — In tale argomento, sul quale il Savigny stesso voleva che imperasse, per tutta la durata del matrimonio, la legge di quel domicilio che aveva il marito al momento dell'origine del vincolo matrimoniale, nella dottrina della scuola italiana si ottiene una stabilità più logica mercè l'applicazione della legge nazionale del marito. Senonchè il Savigny (1) attribuisce alle leggi del domicilio attuale dei coniugi relative alle loro reciproche liberalità, un impero assoluto positivo e negativo come a leggi rigorosamente obbligatorie. Non crederei che, secondo i principii più accettati nel nostro paese, si potesse ammettere, così come l'ho espressa, quell'opinione del Savigny. Che infatti le leggi territoriali di quella specie debbano, in quanto sono proibitive delle liberalità, arrestare al confine le leggi straniere dalle quali tali liberalità sono permesse, mi pare implicito nella dottrina che sto esponendo, ed oltre a ciò ragionevole e giusto. Ma che quelle leggi territoriali, in quanto ammettono tali liberalità, debbano intendersi rigorosamente obbligatorie e perciò

(1) Savigny, l. c., § 379.

limitative nei riguardi delle leggi straniere che le proibiscono a coniugi, stranieri per noi, ed a quelle soggetti, mi pare non solo poco ragionevole, ma in opposizione col criterio che dell'ordine pubblico vien dato dalla scuola italiana. Infatti l'ordine morale di un paese ed il regime della proprietà possono essere offesi dal fatto che vi avvengano delle donazioni proibite secondo la legge territoriale, ma non pare che quell'ordine e quel regime della proprietà siano per essere offesi perchè non vi si possano fare da stranieri, per un divieto contenuto nella loro legge nazionale, delle liberalità che pur la legge del territorio consentirebbe ai proprii sudditi. Un' incapacità derivante da legge straniera, può infatti offendere l'ordine pubblico di uno Stato, ma evidentemente in proporzioni più tenui ed in casi più rari di quello che una capacità la quale abilitasse lo straniero a compiere atti positivi proibiti dalla legge del territorio dov'egli si trova.

238. — *4° Divorzio.* — È appunto perchè non ammettono l'efficacia, positiva e negativa ad un tempo, delle leggi di ordine pubblico, che i responsi di molti autori nostri differiscono dall'opinione comune anche per ciò che riguarda il divorzio. Imperocchè l'opinione generale è che di esso si debba giudicare secondo la *lex fori.* Ed anche il Savigny è di questo avviso, benchè vi aggiunga il correttivo che la sola giurisdizione competente a conoscere del divorzio è quella del *domicilio attuale* del marito. Tale limitazione però non corregge se non che in piccola parte l'arbitrio derivante dall'ammettere l'applicazione della *lex fori,* poichè, mentre e giurisdizione e diritto locale del matrimonio, sono determinati, per ogni altro rapporto, dal domicilio del marito all'*origine* del matrimonio, qui, attribuendo la prevalenza alla legge del domicilio attuale, si lascierebbe ad uno solo dei coniugi il diritto di scegliere e la giurisdizione e la legge che più gli talentano. Secondo il Fiore invece si conchiude che:

« Il divorzio di stranieri che possono farlo per la loro legge nazionale, non può essere pronunciato dall'autorità nei paesi le cui leggi non lo ammettono, ma nel tempo stesso le autorità dei paesi che lo ammettono non devono pronunciarlo per istanza di quei coniugi cui è vietato promuoverlo dalla loro legge nazionale ». Anche questa è una specie di leggi cui dalla scuola italiana si riconosce, a differenza del Savigny, una potenza assoluta negativa, ma non una efficacia positiva altrettanto assoluta.

Dal non ammettere più la onnipotenza della *lex fori* in materia

di divorzio, derivano spontanee tre questioni importantissime di diritto internazionale privato.

α) Un individuo appartenente ad un paese che proibisca il divorzio, potrà, naturalizzandosi in paese straniero dove sia permesso di divorziare, validamente ottenervi una sentenza che lo autorizzi a ciò? Il Fiore risponde affermativamente, purchè siasi naturalizzata anche la moglie (1), poichè se l'interesse sociale e l'ordine delle famiglie fa prevalere la legge del marito in ciò che si riferisce al modo di essere della convivenza matrimoniale, queste esigenze non hanno più motivo di far prevalere la medesima legge a danno della moglie quando trattasi appunto di togliere al matrimonio la sua stessa esistenza.

β) La domanda di divorzio di questi naturalizzati potrà essere appoggiata ad un fatto anteriore alla loro naturalizzazione? No, perchè se il divorzio è giustificato dalla necessità di conservare la moralità delle famiglie, di impedire lo scandalo ed il cattivo esempio, questi motivi cessano tutti di esistere quando il fatto sia avvenuto in epoca anteriore alla naturalizzazione ed in territorio diverso (2).

γ) L'uomo legittimamente divorziato nella propria patria può rimaritarsi in uno Stato la cui legge non ammetta il divorzio? Sì, secondo il Fiore, perchè lo straniero legittimamente liberato nel suo paese da un precedente vincolo matrimoniale, non si presenta alla legge ed alla magistratura degli altri paesi come divorziato, ma come persona che possiede uno stato libero. Ciò deriva dalla massima, ammessa fin da principio, che la condizione giuridica dello straniero debba determinarsi secondo la legge della sua nazione; e quale il suo stato è secondo questa legge, tale deve essere, senza indagini ulteriori, e nei limiti dell'ordine pubblico, riconosciuto dovunque. Tale opinione, combattuta dal Sapey, dal Demangeat e dal De Chassat, è condivisa dal Merlin, dal Demolombe, del Westlake, dal Massé, dal Vergé e dal Dragoumis. L'Esperson, nel *Principio di nazionalità* (3), tenendo conto del primo matrimonio dello straniero divorziato, aveva ritenuto il suo secondo matrimonio, in un paese che non ammetta il divorzio, contrario all'ordine pubblico, e perciò lo aveva dichiarato inammissibile. Ma più tardi (4), ravvisando nello stato libero dello

(1) Fiore, l. c., pag. 185.
(2) Fiore, l. c., pag. 186.
(3) Cap. IV, § 21.
(4) *Le droit intern. privé*, pag. 46, 48, § 32. Cfr. Cimbali, *Il matrimonio dello straniero*, pag. 94, 95.

straniero divorziato, una conseguenza pura dello statuto personale, aderiva egli pure all'opinione del Fiore e dichiarava ammissibile quel matrimonio.

239. — *B) Patria potestà.* — 1. Anche nelle questioni di figliazione è ammesso che la legge prevalente debba essere, non già quella del domicilio del padre al momento della nascita del figlio (1), ma bensì la legge nazionale del capo della famiglia (2).

2. L'adozione, imitando la figliazione, ma includendo la possibilità che l'adottato abbia, prima di essere tale, una nazionalità differente da quella dell'adottante, richiederà, per essere valida, la capacità in entrambe le parti secondo la loro legge rispettiva. I rapporti giuridici fra l'adottato da una parte e l'adottante e la sua famiglia dall'altra, resteranno poi regolati secondo la legge dell'adottante, mentre la legge nazionale dell'adottato regolerà i rapporti di quest'ultimo colla sua famiglia naturale (3).

3. Appunto perchè l'adozione imita la famiglia naturale, sarebbe necessario che l'adottato potesse acquistare la nazionalità dell'adottante senza le forme ordinarie della naturalizzazione, ma soltanto con una dichiarazione fatta davanti all'ufficiale dello stato civile e col trasporto del domicilio nel paese dell'adottante.

4. Nella legittimazione per susseguente matrimonio, l'opinione del Savigny, che la voleva regolata dalla legge del domicilio del padre al tempo della celebrazione del matrimonio, e quella dello Schäffner, che voleva prevalessero le leggi del luogo dove il figlio era nato, sono entrambe respinte, perchè la prima farebbe dominare il principio arbitrario del domicilio in una materia che è tutta sottoposta alla legge nazionale, e la seconda terrebbe conto d'una legge locale la cui prevalenza può dipendere da un fatto assolutamente accidentale. È dunque la legge nazionale del padre quella che, regolando il matrimonio e le conseguenze giuridiche che ne derivano, deve regolare, insieme con queste, anche la legittimazione che ne può risultare nei riguardi dei figli nati antecedentemente (4).

In quanto poi ai rapporti fra padre e figli, bisogna anzitutto distinguere i diritti personali da quelli relativi ai beni.

5. Nei diritti personali bisogna distinguere quelli riguardanti

(1) Savigny, § 380, B.
(2) Lomonaco, l. c., pag. 94; Fiore, l. c., pag. 191 e seg.
(3) Fiore, l. c., cap. X.
(4) Fiore, l. c., pag. 211.

l'assistenza che il padre deve prestare al figlio in certi atti giuridici e tali diritti devono essere regolati secondo la legge nazionale del padre.

6. I diritti personali invece che riguardano l'autorità e il diritto all'obbedienza sulla persona del figlio, interessando l'ordine morale dello Stato, vanno regolati secondo la legge del domicilio attuale della famiglia.

7. La possibile mutazione, ammessa in questo caso (reg. 6ª), rispetto ad una parte dei diritti personali del genitore sulla prole, li fa regolare dalla legge del domicilio attuale. Il Savigny estende l'effetto di quest'ultima legge ai diritti del padre sui beni dei figli, riconoscendone quindi la possibilità di mutazione col mutare del domicilio, ed ammettendo così, per i rapporti esistenti fra genitore e prole, una instabilità che egli aveva assolutamente esclusa quanto ai rapporti fra marito e moglie. Il Fiore invece vuole regolati anche questi diritti dalla legge nazionale della famiglia, volendoli immutabili nei riguardi dei figli anche nel caso di naturalizzazione all'estero del padre, eccettochè essi non dichiarino di volerne seguire la nuova cittadinanza (1).

240. — *C*) *Tutela.* — Tanto nell'opera del Savigny quanto in quelle dei giuristi del nostro paese che ho citati, prevale la massima che la legge predominante nel regolamento della tutela debba essere quella personale del minore; poichè lo Stato intende provvedere, coll'istituzione della tutela, ai minori che si trovano sotto la sua dipendenza e non già ai beni che sono situati nel suo territorio.

1. Da ciò ne segue che la costituzione della tutela, regolata secondo il Savigny dalla legge del domicilio dell'impubere, debba, secondo la scuola italiana, essere regolata dalla legge nazionale di lui, estendendo i proprii effetti, secondo l'una e secondo l'altra opinione, anche ai beni dell'impubere situati in altri territorii (2).

2. La preponderanza dell'elemento personale in questo istituto fa sì che talvolta, purchè si provveda alla sicurezza del minore, vi imperi anche una legge diversa da quella nazionale. Vi potrà dunque provvedere anche il magistrato del luogo del domicilio o della residenza, quando, o sia autorizzato dal magistrato della patria del minore straniero, o la legge nazionale del tutto non vi provveda, o per effetto

(1) Fiore, l. c., cap. IX.
(2) Savigny, § 380, C; Lomonaco, l. c., pag. 98 100; Fiore, l. c., pag. 241.

della lontananza, sia difficile un pronto provvedimento ed urga che il minore non manchi di un protettore legale (1).

3. Il Savigny aveva ammesso che quando gli immobili del minore sono in parte situati in paese straniero, possa costituirsi una tutela speciale per questa parte di beni, in modo che lo stesso minore abbia parecchi tutori che agiscano in diverse località. Quest'opinione non avrebbe potuto essere adottata da chi aveva ammesso le tre proposizioni antecedenti; ma doveva risultarne invece che tutti i provvedimenti analoghi presi nei riguardi dei beni, come, per esempio, la cura del ventre pregnante o dell'eredità giacente, debbano essere istituiti secondo la legge nazionale della persona nel cui riguardo od a cui vantaggio sono dati e debbano essere riconosciuti ovunque esistano i beni che a quelle persone appartengono (2).

4. L'amministrazione della tutela deve regolarsi secondo la legge che le ha dato nascimento e sotto l'impero della quale essa è esercitata; e questa legge, che è secondo il Savigny quella del domicilio dell'impubere, non può essere secondo la scuola italiana se non che il diritto nazionale di lui. L'autorità personale del tutore sul pupillo dovrà poi essere regolata per analogia colle distinzioni fatte per l'esercizio della patria potestà.

5. Resta da ultimo implicitamente ammessa, colla sostituzione della nazionalità al domicilio, la regola del Savigny, che cioè lo statuto personale del tutore sia il solo che possa decidere circa l'obbligazione di accettare la tutela e circa le cause che valgano a dispensare dall'accettarla (3).

241. — VI. Forme. — Quanto allo statuto delle forme troviamo nella scuola italiana accordo perfetto col Savigny nell'ammettere la regola *locus regit actum* come una deroga consuetudinaria alle esigenze del diritto stretto che vorrebbero regolata la forma degli atti dallo stesso diritto locale che li governa (4). Poichè la forma estrinseca, dice infatti il Pescatore (5), è una delle condizioni alla validità del contratto, gli è manifesto che *ex juris ratione*, anche la forma estrinseca del contratto dovrebbe dipendere dalla medesima legge. Ma da tale conseguenza hanno derogato la dottrina e la consuetudine

(1) Zachariae, *Droit civil*, § 78, n. 2; Fiore, l. c., pag. 242.
(2) Fiore, l. c., pag. 256.
(3) Savigny, § 380 in fine.
(4) Savigny, § 381.
(5) Pescatore, l. c., pag. 327-329.

generale *propter utilitatem*. La forma estrinseca di qualunque contratto (in quanto però abbia per fine il regolamento e la tutela del puro interesse civile dei contraenti), è invariabilmente regolata dalla legge del luogo dove l'atto medesimo sia stato, anche solo per mero accidente, stipulato. Questo contrasto tra la logica del diritto e le esigenze della pratica era stato notato anche dal Savigny (1).

1. Dopo aver ammessa una tale regola e nell'applicarla ai contratti da cui deriva un diritto reale, vien fatto alla scuola italiana, invece di negarle in questo caso (come faceva il Savigny) ogni autorità (2), di applicare la distinzione notata parlando delle obbligazioni, fra la validità del vincolo giuridico e la sua forza esecutiva, e di concludere che *per l'efficacia di quei diritti rispetto ai terzi* è necessario osservare le forme prescritte dalla *lex rei sitae*, il che vale per la trascrizione, per la vendita, per la tradizione e la forma necessaria a constatarla, per l'iscrizione della ipoteca e simili (3).

2. Il Savigny, indagando se tale regola sia assoluta o semplicemente facoltativa in guisa che le parti possano scegliere fra la forma della *lex loci contractus* e quella del luogo cui appartiene in realtà l'atto giuridico, conclude che essa è puramente facoltativa e che le parti possono scegliere l'una o l'altra forma. E, per chiarire la propria opinione con un esempio, dichiara che due cittadini di un paese che esiga il matrimonio religioso, trovandosi in un altro paese che esiga il matrimonio civile, possono contrarvi valido matrimonio tanto secondo il solo rito civile quanto secondo il solo rito religioso (4). Il Fiore, adottando in via generale la massima del Savigny, la chiarisce con distinzioni ed applicazioni opportune.

1. Se l'atto deve essere eseguito nel paese dove è stipulato, le parti, siano cittadini o stranieri, devono seguire le forme richieste dalla legge di quel territorio, perchè la forma è condizione alla efficacia dell'atto, e di essa si deve giudicare secondo la legge locale che ne garantisce l'esecuzione.

(1) V. § 381 e vedi sopra § 190, pag. 113, 114.
(2) Savigny, § 381, II.
(3) Fiore, l. c., pag. 418.
(4) Savigny, § 381, V. — Qui si potrebbe però contestare che l'esempio del Savigny sia scelto opportunamente, perchè trattasi in questo caso non già di una forma puramente esterna, ma di una forma sostanziale nella quale si nega da molti che possa valere la massima *locus regit actum* (V. § 237, cart. 193, 194).

2. Se uno si obbliga in paese straniero ad eseguire una prestazione nella sua patria, basta, per la forma esterna, che l'atto sia valido secondo la legge del luogo dove se ne deve domandare l'esecuzione in caso d'inadempimento o di contestazione.

3. Se però due connazionali fanno nella loro patria una convenzione che debba essere eseguita in paese straniero, essi non potranno sottrarsi all'osservanza della regola *locus regit actum*, se non nel caso che la legge del luogo dove è situata la cosa ch'è oggetto della convenzione, prescriva necessariamente qualche forma particolare.

4. Se due connazionali contrattano all'estero uniformandosi alle formalità prescritte dalla propria legge, il contratto dev'essere, in quanto alla forma, giudicato valido anche dal Tribunale del paese dove è seguita la convenzione (1).

242. — L'esame fatto finora della dottrina italiana in materia di diritto internazionale privato, basta a chiarire due punti importantissimi nella storia contemporanea della nostra scienza.

Se ne può dedurre infatti una serie di regole logicamente concatenate a quelle esposte nei capitoli antecedenti, e che, procedendo a svilupparsi ed a sovrapporsi le une alle altre, son venute formando un sistema di diritto cui possa ricorrere la giurisprudenza e cui possa essere concessa più tardi la sanzione dei trattati internazionali.

Ci parve poi d'altra parte che, volendo dimostrare come il principio di nazionalità non abbia perturbato lo sviluppo della scienza del diritto internazionale privato, ma lo abbia piuttosto aiutato, nessun modo migliore potesse adottarsi del mostrare i seguaci di quella dottrina alla prova delle applicazioni pratiche.

Così ci fu dato di scagionare la scuola italiana dalle accuse che le vengono fatte, senza che le nostre parole avessero apparenza di apologia, ma acquistando il diritto di chiamare inesattezze scientifiche molte fra le accuse degli avversari. Poichè, quando si parla del *principio di nazionalità*, non bisogna dimenticare che altro è il significato etimologico di una frase nel linguaggio comune, ed altro è il significato tecnico di una formula nella terminologia scientifica. L'interpretazione autentica di queste formule tecniche spetta esclusivamente a chi le ha adottate o ne ha usato da prima nell'indirizzo dei proprii studii; e chi voglia servirsene per adottarle o per criticarle, per esaminarne il fondamento scientifico o per indagarne l'indole

(1) Fiore, l. c., pag. 414-416.

delle applicazioni, non può usarne se non che nel significato e nei limiti ad esse attribuiti da chi è stato il primo ad adoperarle.

Ora, per dire che il principio di nazionalità è un elemento antigiuridico introdotto nella scienza, bisogna intenderlo a bella posta nel suo significato etimologico, e poi dedurne tutte le conseguenze che da quel tale significato deriverebbero e che la Scuola italiana non si è mai sognata di farne derivare. Invece uno studio un po' attento dei giuristi contemporanei del nostro paese che si sono occupati di tale materia, è sufficiente a far persuasi che il loro principio di nazionalità, mentre non perturba lo svolgimento scientifico del diritto internazionale pubblico, entra poi nel dominio del diritto internazionale privato così concretato nel principio di sudditanza, e limitato nella sua efficacia allo statuto personale, da continuare e rettificare nei fondamenti della scienza la dottrina del Savigny, e da rendere poi nei particolari più logiche, più coerenti, più numerose e più pratiche le applicazioni della Scuola italiana.

E la verità di tale affermazione e la evidenza di tale caratteristica della scuola italiana, appariscono tanto meglio quanto maggiormente si procede nello studio degli scrittori italiani più recenti. Nei quali le applicazioni particolari delle regole e le indagini minute dei singoli istituti e di ciascuno dei loro elementi, si manifestavano così diffuse e così analiticamente complete, da far apparire sempre più manifesto il carattere del principio di nazionalità nella dottrina della scuola italiana. Non tutti i giuristi italiani contemporanei adottano quel principio; e dai più che lo adottano esso è contenuto in così giusti confini da apparire soltanto uno dei molti fattori d'una dottrina che risulta nel suo complesso costituita da ben altri e più numerosi elementi. E del resto la non assoluta disarmonia che apparisce in Italia fra i giuristi dell'una e quelli dell'altra maniera, dimostra meglio di ogni ragionamento quale retta e moderata applicazione sia fatta del principio di nazionalità da quella che si è convenuto di chiamare la scuola italiana.

243. — Più si procede in ordine di tempo e si moltiplicano in Italia i lavori di diritto internazionale privato, e più frequente si ha l'occasione di notare e di dimostrare come al giudizio, che potrebbe dirsi convenzionale ed unilaterale fatto da molti della scuola italiana, non corrisponda la realtà. Alcuni degli autori italiani son dissenzienti dalla dottrina del Mancini anche in quanto si riferisce al regolamento internazionale dello statuto della persona; altri più numerosi, pur

essendo seguaci di quella dottrina, ne completano e ne rettificano le applicazioni, cercando talora, anche nei riguardi della persona e dei diritti personali, altrove la sede del rapporto giuridico e l'indicazione della legge competente a governarlo.

Fra i primi può nominarsi il Gabba che, fino dal 1867 in uno studio sul Titolo preliminare del Codice civile italiano (1) che incomincia colla critica della denominazione « diritto internazionale privato », ritenuta dall'autore non meno difettosa di quella « gius di forensità » (2), loda i compilatori del Codice italiano per aver codificato le norme relative all'applicazione delle leggi straniere (3), ed approva pure la eguaglianza giuridica fra cittadini e stranieri proclamata nell'art. 3 del codice (4); ma giudica meritevoli di critica non poche parti del Titolo preliminare. Il legislatore italiano gli par condannabile per non avere ben definiti i rapporti di famiglia, nè disposto particolarmente rispetto a questi quando le due parti, per esempio tutore e pupillo, siano di nazionalità differente (5), nè trattato dei diritti dei figli e dei genitori naturali nei rapporti internazionali (6). Quanto alla successione, loda la sottomissione degli immobili e dei mobili alla medesima regola, ma critica la preferenza data alla legge nazionale, perchè « dovendosi (7) nel regolare l'eredità, avere di mira, più di ogni altra cosa, le reali intenzioni del defunto, queste non si

(1) Gabba, *Gli art. 6-12 del titolo preliminare del Codice civile* (*Annali di giurispr. ital.*, anno I, 1866-67, parte III, pag. 3-12).

(2) Quella denominazione ha, secondo il Gabba, " il pratico inconveniente di far credere che vi sia una intima connessione, che manca affatto, fra la conciliazione di legislazioni differenti di diversi Stati e il diritto pubblico internazionale, cosicchè le gravi questioni del cosidetto e mal detto diritto internazionale privato, questioni essenzialmente spettanti alla giurisprudenza civile, vengono talvolta bistrattate o cogli scritti o coll'insegnamento da pubblicisti che si atteggiano a giureconsulti in forza d'un equivoco " (l. c., pag. 3). V. a proposito della denominazione e del carattere fondamentale del diritto internazionale privato, il vol. I, cap. II, della presente opera, pag. 7-12: *Il diritto internazionale privato nel sistema del diritto internazionale*.

(3) Pag. 4 e 10-12.

(4) Pag. 4.

(5) Pag. 9 e 10.

(6) Pag. 9 e 10; però di questi non può dirsi che manchi ogni disposizione, poichè l'art. 6 del titolo preliminare parla *di rapporti* di famiglia, e dalle altre disposizioni del codice relative ai figli naturali risulta evidente come dalla paternità o maternità naturale riconosciuta o dichiarata derivi veramente un rapporto di famiglia.

(7) Pag. 7.

possono con maggior sicurezza interpretare che colla scorta delle leggi e delle consuetudini di quel paese col quale il defunto si era in certo modo immedesimato stabilendovi il suo domicilio ». Pur preferendo in tal caso la legge del domicilio a quella della nazionalità, il Gabba vorrebbe però che alla stessa legge personale soggiacessero i mobili non meno che gli immobili ogniqualvolta si trattasse di complessivi diritti o rapporti d'indole personale; e che alla legge reale soggiacessero i mobili non meno degli immobili quando si trattasse di disposizioni e di rapporti d'indole rigorosamente reale e territoriale. Anzi egli rimprovera al legislatore italiano « una certa esitanza nel professare apertamente l'abbandono d'una teoria antiquata, esitanza che scema alquanto il merito di quella emancipazione » (1).

Anche in quello che riguarda strettamente lo stato e la capacità della persona, egli giudica (2) che « il legislatore italiano abbia errato nel sostituire al criterio del domicilio delle persone, generalmente propugnato dagli scrittori, quello della nazionalità o cittadinanza ». E la ragione addotta a giustificare la sua critica è (3) che: « ogni persona ha, per regola generale, una stabile sede che dicesi domicilio; in questo luogo ella esercita la maggior parte delle sue manifestazioni, acquista abitudini e carattere; in altri termini in questo luogo ella assume le sue qualità distintive e immanenti che sempre e dovunque l'accompagnano. Ciò posto, le qualità fondamentali giuridiche della persona, lo stato e la capacità, non possono essere regolate da altra unica legge che dalla legge del domicilio ». Egli rimprovera poi il legislatore per non aver in tutto determinato gli effetti del mutamento di nazionalità (4), e per aver tolto (5) « al nuovo criterio sostituito al domicilio, ogni connessione coi reali interessi delle persone ». « Invero », aggiunge, « tutte le volte che la nazionalità di una persona non coincide col di lei domicilio, l'attribuire alla medesima uno stato od una capacità che, per essere conforme alle leggi della sua nazione, non corrisponde però affatto alle leggi cui ella è solita uniformare la sua esistenza, è un farle una sorpresa spiacevole, perchè contraria alla sua propria opinione e a quella delle altre persone che ordinariamente trattano con lei ».

(1) Pag. 7 e 8.
(2) Pag. 4.
(3) Pag. 5.
(4) Pag. 9 e 10.
(5) Pag. 5.

Forse il Gabba non ristamperebbe ora tali e quali quelle pagine di critica, tanto più che mentre tanti appunti vi muove agli articoli del Titolo preliminare che si riferiscono alla estraterritorialità della legge personale determinata dalla cittadinanza, vi loda invece (1) quell'articolo 12 che la pratica ha dimostrato tanto imperfettamente concepito e tanto mal formulato. Ma ora non si tratta di polemizzare col Gabba circa il principio di nazionalità e le sue possibili applicazioni ai rapporti di diritto internazionale privato. Scopo di questo cenno era soltanto quello di ricordare come fin dalla promulgazione del Codice civile del regno, un autorevole rappresentante della scienza giuridica italiana, non seguisse il Mancini nell'adozione del principio di nazionalità, e ricollegasse direttamente la propria dottrina a quella del Savigny, senza essere per ciò in tutto ed assolutamente in antinomia nè colle dottrine prevalenti, nè con ogni regola di diritto internazionale privato accolta nelle leggi del suo paese.

244. — Del pari dissenziente dalla dottrina che prevaleva nel nostro paese mostravasi il Brusa, il quale preferiva l'adozione integrale della dottrina del Savigny (2). Egli pure criticava la denominazione *diritto internazionale privato;* anzi non avrebbe voluto nemmeno che si parlasse di « conflitto delle leggi territoriali »; bensì che si fosse considerato il sistema delle regole destinate ad assegnare alle singole leggi la loro azione nello spazio, come una « teoria nell'armonica applicazione delle diverse leggi territoriali ». Il che non può considerarsi come giusto in quanto è critica della terminologia più comune adottata anche nel nostro paese. Infatti l'*armonica applicazione* è la mèta che il sistema ideale di diritto internazionale privato si propone, ma il conflitto è il punto di partenza di quello stesso sistema ideale e la sua stessa pratica giustificazione. Nè si può negare che le norme diverse di diritto internazionale privato rispettivamente sancite nei varii paesi, si trovino fra loro in conflitto; nè può affermarsi che tale conflitto cessi di esistere solo perchè dai giuristi d'un paese nella dottrina, o dal legislatore d'uno Stato nella pratica si adotti una serie di norme che, se fossero universalmente adottate ed applicate, avrebbero l'effetto di eliminarlo.

Quanto alla consueta enunciazione delle regole da adottarsi, la

(1) Pag. 11 e 12.

(2) Casanova, *Del diritto internazionale*, 3ª ediz., con Introduzione e note di E. Brusa. Firenze, Cammelli, 1876. Note alla lezione XXXI: *Diritto di legislazione*, vol. II, pag. 353-356.

verità della dottrina del Savigny pare al Brusa tanto assoluta « che (1) gli stessi contemporanei fautori del principio di nazionalità nei rapporti di diritto internazionale privato, in gran parte delle loro regole speciali si trovano perfettamente d'accordo con quelle che dalla medesima logicamente derivano ». La quale osservazione, anzichè essere una critica di quelli cui è rivolta, è una confessione preziosa da parte di chi la fa, poichè riconosce a quali esigue proporzioni effettivamente si riducano quegli elementi di novità e di dissenso, che ho già cercato di far rilevare nella scuola italiana in confronto col Savigny. Se gli scrittori italiani « in gran parte delle loro regole speciali si trovano perfettamente d'accordo con quelle del Savigny », ciò non avviene già perchè quegli scrittori si contraddicano, ma bensì perchè la loro dottrina e quella del Savigny non sono in contraddizione. Tutti gli elementi della dottrina del Savigny restando identici quanto alla rispettiva attitudine di espansione estraterritoriale; due di quegli elementi restando immutati quanto al contenuto; e mutando soltanto la indicazione della legge personale, era naturale infatti che, in tutto quanto non si connetteva colla indicazione della legge personale, le regole del Savigny trovassero un'applicazione frequente nelle dottrine della scuola italiana.

Il Brusa poi disapprova la preferenza della legge nazionale come legge della persona nei rapporti internazionali di diritto privato, perchè gli pare che in tal guisa si misconosca il carattere *privato* di questa parte del diritto internazionale. Nella indicazione che il Savigny ha fatto del domicilio come legge della persona egli vede « una conferma che il principio della nostra scienza deve avere tutti i caratteri del diritto privato, sempre per la ragione che la legge deve essere conforme alla natura del rapporto che è privato di *uomo*, non di *cittadino* o *nazionale* » (2). E deplora il danno che deriva dall'« assumere come legge centrale della persona, in quanto sia defunta ed abbia lasciato una eredità, e in quanto alla famiglia od affari, la legge della di lei nazione ».

Anche a questa osservazione si possono opporre due risposte. La prima (3): che affermando avere la nostra scienza « tutti i caratteri del diritto privato », si scambia per verità dimostrata, un punto assai disputato e disputabile; mentre da molti è pur ritenuto che l'obbietto

(1) Brusa, l. c., pag. 365.
(2) Loco citato.
(3) V. sopra, cap. II del I volume, loco citato.

delle regole di diritto internazionale privato sia il diritto privato, ma che le supreme ragioni di quelle regole siano attinte al diritto internazionale. Ma più importante e decisiva è la seconda risposta. Il Brusa afferma che la nostra scienza deve avere e conservare tutti i caratteri del diritto privato, e che tali caratteri sono stati conservati dal Savigny indicando la legge del domicilio come legge della persona nei rapporti internazionali. Ora la legge nazionale è sostituita nella dottrina della scuola italiana a quella del domicilio non già per una di quelle considerazioni eccezionali di diritto pubblico che ispirava, ad esempio, la regola formulata dall'articolo 12 del Titolo preliminare italiano, ma per la convinzione di applicare così più esattamente la regola fondamentale del Savigny relativa alla scelta « della legge più competente secondo l'indole del rapporto giuridico ». Pur ammettendo che si tratta di rapporti privati fra *uomini*, giudicati indipendentemente dalla loro pertinenza ad uno Stato come *cittadini*, la scuola italiana, trova, senza ricorrere ad alcuna considerazione politica, che la legge dello Stato cui la persona appartiene è più competente che non sia la legge del domicilio a regolare il suo stato personale e la sua capacità e i suoi rapporti di famiglia. Tanto il Savigny quanto la scuola italiana ricercano la legge più competente, e il criterio che li guida nella ricerca è quello della maggiore intimità genetica ed informatrice del vincolo fra la legge e la persona, senza veruna preoccupazione d'indole politica od esclusivamente derivante da considerazioni di diritto pubblico. Non si può dunque, nemmeno mettendosi dal suo medesimo punto di veduta quanto alla preferenza da darsi alla legge del domicilio, far eco al Brusa quando conclude (1): « Questo singolare e al tempo stesso dannoso risultato della preferenza accordata ad un concetto politico, non proprio del diritto privato, dovrebbe persuadere che non si dimentica impunemente il principio che il diritto privato contempla e governa l'*uomo* come tale e non in quanto è *cittadino* ». Il diritto privato governa l'uomo, ma non l'uomo di Rousseau, bensì l'uomo reale. E il diritto internazionale privato che delle varie leggi deve determinare l'estensione specifica di efficacia estraterritoriale, deve pur cercare da quale legge le attitudini della persona debbano essere governate. Si tratta dunque di governare l'*uomo* non già come tale, ma come soggetto alle leggi di un determinato territorio; e di cercare se la legge del domicilio o quella

(1) Pag. 366.

dello Stato cui l'individuo appartiene sia per tal governo la più competente (1).

245. — Il Milone è pure indicato da taluno come uno dei giuristi italiani discordi, quanto ai principii fondamentali, da quella che si è convenuto di chiamare la scuola italiana. Quando però si esamini da vicino il di lui *Saggio* (2), si vede che egli nè così discorde come gli autori già citati si manifesta quanto alle premesse fondamentali, nè, a più forte ragione, altrettanto discorde risulta effettivamente nelle conseguenze e nelle applicazioni pratiche. Anzitutto egli non critica la denominazione « diritto internazionale privato », ma anzi la adotta (3), nè segue il Brusa nel negare che derivi dall'esistenza dei conflitti l'occasione e, a dir così, l'alimento stesso del diritto internazionale privato. Nel ricercare il modo di risolvere i conflitti egli si riferisce alla dottrina del Savigny, cui tributa le più ampie lodi (4); ed ammette, secondo quella dottrina (5), che « la soluzione di questi conflitti evidentemente dipende dall'assegnare alla legislazione di ciascuno Stato la sfera dell'autorità e dell'imperio suo, perocchè solo dopo ciò si potrà definire adeguatamente nel dominio di quale legge li abbia a governare ». Nè in ciò può dirsi, come ho già dimostrato (6), che il Milone si trovi in dissidio colla scuola italiana di diritto internazionale privato. È ben vero che il Milone poco dopo si esprime in guisa da parer che condanni tale scuola. L'ammettere esclusivamente o la legge del domicilio delle persone, o quella della loro nazionalità (7), eccettochè in quanto possa offendere il diritto pubblico dello Stato, gli pare « l'esagerazione del principio personale, suscitata se vuolsi dal troppo prevalere nella pratica dell'opposto principio territoriale ». « L'un principio e l'altro, egli soggiunge, muovono dal concetto della sovranità dello Stato; ma mentre questa cade sulle persone e sul territorio insiememente, il primo la considera in quanto alle sole persone non

(1) V. anche Brusa, l. c., nota 4ª alla lezione XXXII, pag. 379, 380.

(2) Milone, *Saggio di studio intorno i principii e le regole del diritto privato internazionale* (*Archivio giuridico*, vol. VII, 1871, pag. 518-563).

(3) L. c., pag. 526: " A dirimere tale maniera di conflitti entra in mezzo il diritto privato internazionale, il quale non ha già per obbietto di regolare con speciali norme i rapporti internazionali dei privati individui, ma sì bene solo di definire se le leggi e le istituzioni di uno Stato o piuttosto di un altro, secondo i diversi casi vi si abbiano ad applicare ".

(4) L. c., pag. 531, 532.

(5) Pag. 528.

(6) V. sopra, § 223, pag. 171-178.

(7) § 3, pag. 534.

tenendo conto del territorio, e il secondo in quanto al territorio solo, trascurando le persone ». « Però, conclude, sono del pari eccessivi, ed eccessive conseguentemente sono le due suddette teorie che alla legge dello Stato da cui un individuo dipende per nazionalità o per domicilio, vogliono sottoporre tutte le cose che a lui appartengono, e tutti i suoi atti e tutti i suoi movimenti ».

Da tali premesse partendo, il Milone finisce per encomiare sopra tutti il Wächter; e così riassume il proprio giudizio circa il metodo e l'indirizzo della ricerca (1) : « Premesse le quali cose, non rimane a parer mio se non che si segua quest'ultima schiera di dotti, e rinunziando al tentativo di stabilire alcun'altra norma generica che non sia quella di dover attendere alla natura propria dei diversi rapporti giuridici, si venga a distribuir questi nelle categorie e negli ordini loro, ed a fare uno studio particolare su ciascun ordine o categoria, per adattarvi, fra le leggi dei varii Stati, quella che vi risponde meglio, e vi è più conforme. Solo tenendo in siffatto modo conto particolare dell'indole diversa di ciascuna specie di rapporti, si può riuscire, nell'applicazione delle leggi, a risultamenti esatti ed acconci. E si può determinare in qual parte e sino a qual punto abbiano ad avere influenza, ora la volontà dei privati, or la loro nazionalità, ora il luogo del giudizio, e via dicendo, delle quali cose molti autori innanzi citati vorrebbero che l'una o l'altra esclusivamente predominasse ». « A me sembra, conclude egli (2), che, a voler dare al suddetto principio (della nazionalità) un giusto peso anche nel campo del diritto privato internazionale, possa la nazionalità considerarsi come uno degli elementi o criterii per la scelta delle leggi, ma non mai come il solo a cui convenga attenersi ».

Ma chi ben considera questo ragionamento del Milone e lo paragona tanto colle soluzioni particolari della scuola italiana che ho riassunte (3), quanto colle soluzioni cui arriva il Milone stesso circa i singoli istituti, si avvede facilmente che la dottrina di lui non è sostanzialmente diversa da quella della scuola italiana, nè questa merita tutta la critica e sopratutto tutta l'accusa di unilateralità che quello scrittore le muove.

Il nesso fra i diritti della persona e la legge dello Stato cui la persona appartiene, è anche da lui riconosciuto, ammettendone tutte

(1) L. c., pag. 535, 536.
(2) L. c., pag. 540.
(3) V. pag. 181, 186, 187, 188, 189, 195 e seguenti.

le conseguenze. « Se l'appartenere, egli dice (1), a diversa nazione non dee essere cagione d'ineguaglianza nell'esercizio dei diritti civili, può ben importare una diversità fra le persone quanto alle leggi da cui son governati i diritti dei quali tutte hanno a godere egualmente ». E vuole pertanto che dalla nazionalità degli individui, siano indicate e determinate le disposizioni di legge applicabili allo stato ed alla capacità delle persone. « Se si dee tener conto, dice egli (2), della natura dei rapporti giuridici per definire le leggi che hanno a regolarli, niuna legge può trovarsi più conforme a questa prima categoria di rapporti che la legge della nazione a cui gli individui appartengono », la quale « deve valere così per le qualificazioni personali che si compendiano nel nome di *stato*, come per gli effetti di queste qualificazioni indicati col nome di *capacità* ». Ora la scuola italiana non pretende, come si è già dimostrato, che il principio della nazionalità delle persone debba essere il solo cui convenga attenersi, e debba valere come unico criterio capace di descriver a fondo tutto il diritto internazionale privato. Sicchè la critica rivolta dal Milone a chi considerasse quel criterio come il solo cui convenga attenersi, non può colpire nemmeno i giuristi che potrebbero dirsi più ortodossi della scuola italiana. E d'altronde, quanto al regolamento internazionale dello stato e della capacità della persona, il Milone non ammette, formulando le regole che ho citate, un impero più limitato della legge nazionale di quello voluto dalla scuola italiana. Fra quest'ultima ed il Milone, tali regole non sono dunque un punto di divergenza, ma bensì un elemento d'armonia.

Il Milone ammette invece un impero assoluto della legge della situazione sulle cose considerate in se stesse (3). Egli nota una confusione d'idee in cui cadono molti rispetto alle regole di diritto internazionale privato applicabili alle cose, e che « dipende dal non voler distinguere i diversi rapporti sotto i quali le cose vengono considerate nel diritto. V'è un diritto delle cose propriamente detto che si occupa dei beni in se stessi e dei diritti reali, e in questo vale per opinione comune la *lex rei sitae*. Le cose poi ed i beni entrano pure per tanti lati nel diritto delle obbligazioni, di famiglia, di successione, e in queste parti van regolate dalle altre leggi che governano rispettivamente la materia della quale si tratta ». Egli limita

(1) Milone, l. c., pag. 538, 539.
(2) L. c., § 5[1], pag. 542-544.
(3) L. c., pag. 544-547.

dunque l'impero della territorialità alle cose considerate in se stesse, senza estenderlo anche ai rapporti di famiglia, d'obbligazione e di successione in quanto abbiano per oggetto le cose. Ma in questi limiti anche la scuola italiana (1) riconosce ed ammette l'impero della legge della situazione. E d'altronde il Milone s'ispira ai principii della scuola italiana quanto al modo di giustificare quella territorialità. « È, se si vuole, egli dice, il principio stesso *di nazionalità* (2) che conduce ad applicare alle cose ed ai beni la legge reale; e ciò anche quanto ai mobili per determinarne la natura, la commerciabilità, e la loro suscettibilità ad essere oggetto di diritti determinati »; intendendo egli che la situazione sia per le cose un vincolo egualmente assoluto ed egualmente giustificabile di quello che è la sudditanza per le persone.

Nelle obbligazioni derivanti da contratto egli scompone il rapporto giuridico nei suoi varii elementi: la capacità soggetta alla legge personale; l'attitudine dei beni ad essere oggetti di un determinato rapporto di diritto, soggetta alla legge reale; e il vincolo giuridico, determinato, nei limiti consentiti dalla legge del luogo dove dev'esser fatto valere, dall'autonomia delle parti. Ed in ciò pure egli va perfettamente d'accordo coi giuristi della scuola italiana (3). Il diritto di successione è fatto dipendere secondo il Milone dalla legge nazionale del defunto (4); il matrimonio nella capacità è soggetto alle leggi nazionali rispettive dei coniugi, nelle forme al diritto del luogo di celebrazione; i rapporti personali dei coniugi alla legge nazionale del capo della famiglia; i rapporti patrimoniali necessari devono essere regolati dalla stessa legge; quelli volontari dalla espressa o tacita volontà delle parti; il divorzio dalla legge territoriale. Ed anche in tutto ciò è evidente l'accordo fra il Milone e la scuola italiana (5); restando sussistente soltanto il dissidio fra il Milone ed una scuola italiana unilaterale, tutta preoccupata ed informata dall'unico principio di nazionalità, non curante, all'infuori di quella, nè delle regole e del metodo del Savigny, nè della ricerca, comunque condotta, della sede dei vari rapporti giuridici; scuola che invero meriterebbe le più aspre critiche, ma che vi sfugge, perchè in realtà non è mai esistita.

(1) V. sopra, § 232, pag. 189-194.
(2) L. c., pag. 544-547.
(3) V. sopra, § 233, pag. 194-198.
(4) L. c., pag. 558-560.
(5) V. sopra, §§ 237 e 238, pag. 203-208.

246. — Ma se gli scrittori italiani che sogliono essere indicati come dissidenti da quella che si è voluto definire scuola italiana, risultano poi, da un esame analitico, o poco o punto dissidenti in realtà da questa scuola; gli altri d'altronde che o si professano o sono designati come seguaci della scuola stessa, nè corrispondono poi al concetto convenzionale invalso a proposito di quella, nè si astengono alla loro volta da riesaminarne, e criticarne o correggerne e completarne i singoli risultati (1). E prima che negli altri apparisce la verità di tale affermazione nel Fiore che, nella terza edizione del proprio Trattato, riprese in esame tutto il vastissimo têma e pubblicò un'opera per copia d'indagini e in parte anche per indole di risultati (2) del tutto nuova.

Egli non propone una innovazione del titolo per non ingenerare confusione; ma non lo soddisfa del tutto nè la denominazione *diritto internazionale privato* che non può comprendere il diritto penale internazionale e le altre parti che hanno attinenza col diritto pubblico piuttostochè con quello privato, nè quella di *conflitto delle leggi*, perchè il concorso delle leggi che, colla loro contrarietà, rendono possibile il conflitto, non è se non che il fatto presupposto, che rende necessaria una scienza atta a determinare le regole per dirimere i conflitti. Il Fiore preferirebbe piuttosto, per la sua maggiore chiarezza e per l'indole sua più comprensiva, il seguente titolo: « Dell'autorità e dell'applicazione delle leggi di Stati diversi secondo i principii del diritto internazionale » (3). Non tiene il Savigny in minor pregio di quanto lo tenesse nelle precedenti edizioni (4), ma non lo segue più così completamente. Ammette infatti che, per risolvere le questioni di diritto internazionale privato, sia necessario determinare i limiti dell'autorità di ciascuna legge nello spazio, e precisare quando l'efficacia di ciascun precetto imperativo debba essere territoriale e quando estraterritoriale. Ma non accetta più la formola proposta dal Savigny, che cioè debba essere preferita « la legge del luogo in cui si riconosca essere la sede del rapporto di diritto »; poichè per determinare la sede del rapporto di diritto, bisogna previamente stabilire quale sia

(1) Cfr. Diena, *Trattato di diritto comm. intern., ossia il diritto internazionale privato commerciale*, vol. I, parte generale, pag. v, vi, 2 e 3. Firenze, Cammelli, 1900.

(2) Fiore, *Diritto intern. privato*, 3ª ediz., vol. I e II. Torino, Unione Tip.-Editrice, 1888 e 1889.

(3) Fiore, ediz. cit., vol. I, pag. 11.

(4) L. c., pag. 56.

la legge, secondo la quale debba presumersi posto il fatto giuridico. « Qualora, aggiunge il Fiore (1), sorgesse il dubbio, se codesta presunzione dovesse fondarsi a preferenza sulla legge personale, o su quella del luogo ove l'atto fosse stato stipulato o su quella del luogo ove i beni si trovassero, non si potrebbe determinare la sede del rapporto giuridico nascente dal fatto giuridico, senza stabilire quale fosse la legge a cui esso dovesse ritenersi soggetto ». La ricerca di questa legge è condotta da lui, così nei criterii fondamentali come nelle singole applicazioni, in guisa da non dimostrarsi seguace di un solo principio, e senza far nemmeno un cenno del principio di nazionalità (2).

Così egli formula infatti i principii fondamentali del proprio sistema: 1. Gli Stati, in quanto sono considerati come persone, che coesistono nella *Magna Civitas*, vanno soggetti alla suprema legge del diritto e della giustizia (3). 2. Ciascuno Stato è autonomo e libero entro i limiti però fissati dal diritto (4). 3. La competenza di ciascuna sovranità come potere legislativo dev'essere determinata secondo i principii del diritto, tenendo conto della natura dal rapporto giuridico, degli interessi sociali e degli interessi generali (5). 4. Ciascuna sovranità può regolare con le proprie leggi i diritti privati delle persone e i rapporti delle famiglie soggette alla sua autorità, ed i negozi o fatti giuridici posti in essere o compiuti nel territorio sul quale impera, anche quando le relazioni giuridiche che ne derivano si svolgano in territorio straniero, purchè da ciò alcuna offesa non sia cagionata ai diritti ed agli interessi legittimi della sovranità territoriale ed all'ordine pubblico (6).

Questi principii fondamentali corrispondono, come lo dimostra il confronto, a quelli già formulati dal Fiore nelle precedenti edizioni delle sue opere; ma sono formulati qui con maggiore precisione, con più stretto nesso organico, e con maggior temperamento così della regola relativa al nesso fra la legge dello Stato ed i sudditi (7) come di quella relativa alla territorialità delle leggi interessanti lo Stato (8). Infatti

(1) L. c., pag. 57.
(2) L. c., cap. V, *Principii fondamentali*, pag. 59-68.
(3) Cfr. regola 1ª cit. sopra nel § 223, pag. 174.
(4) Cfr. regola 2ª, l. c., e regole 1, 2 e 6, l. c., pag. 176-177.
(5) Cfr. regola 3ª, l. c., pag. 174, 175, e regola 4ª, pag. 175.
(6) Cfr. regole 4ª e 5ª, l. c., pag. 175, 176, e regole 7ª e 8ª, pag. 177.
(7) *Nazionalità*, vedi l. c., regola 3ª, pag. 173.
(8) *Ordine pubblico*, cfr. regole 5ª e 8ª, pag. 175 e 177.

nelle regole 3ª e 4ª formulate nella terza edizione del *Trattato di diritto internazionale privato*, l'elemento estraterritoriale e quello territoriale sono rispettivamente contemperati in una norma sola, così da non potersi dire che l'uno sia la regola e l'altro la eccezione, ma da aversi una regola sola di diritto che risulta ad un tempo da entrambi. Così non solo la dottrina del Fiore è immune dalla accusa rivolta da molti alla scuola italiana, di tener troppo poco conto dell'elemento territoriale, ma ancor meglio del Savigny egli comprende organicamente tale elemento nei fondamenti stessi del proprio sistema. Trattando particolarmente dello stato e della capacità della persona, egli crede che sull'uno e sull'altra debba normalmente imperare un'unica legge, e che tale debba essere la legge dello Stato cui la persona appartiene per vincolo di cittadinanza (1). E conclude (2) che « il sistema il quale ammette la preferenza della legge nazionale è in massima il più conforme ai principii razionali ».

Però non nega del tutto l'autorità della legge del domicilio. Già prima aveva riconosciuto l'importanza che può e deve avere il domicilio nel fallimento (3). Nè ora manca di notare come dovendo giudicare dello stato e della capacità di stranieri appartenenti ad un paese retto da leggi diverse nelle varie parti del territorio, il principio della legge nazionale debba necessariamente integrarsi con quello del domicilio (4). Così è (5) per gli individui cui non si possa attribuire la cittadinanza di alcun paese determinato, sia che abbiano perduta la nazionalità di origine senza acquistarne un'altra, sia che non appartengano ad uno Stato politicamente costituito e riconosciuto. Ma una concessione molto più importante s'induce il Fiore a fare alla legge del domicilio. I rapporti reali ed effettivi (6), egli dice, da cui deriva la comunanza di vita sociale e politica, non si possono considerare rotti col semplice fatto di trasportare altrove il centro dei proprii affari. « Però, quando uno si fosse allontanato dalla sua patria coll'intenzione manifesta di non più ritornarvi, e si fosse stabilito definitivamente in un paese, e lo stabilimento del suo domicilio in considerazione della sua durata vi avesse acquistata una certa stabilità, e l'individuo non avesse neanche

(1) Cfr. § 227, pag. 170.
(2) L. c., pag. 80-82.
(3) V. § 231, regola 4ª, pag. 178.
(4) III ediz. cit., vol. I, pag. 87.
(5) Loco citato.
(6) L. c., pag. 86, 87.

fatto alcuna dichiarazione espressa di volere riservare i diritti della propria cittadinanza di origine, in tali circostanze si dovrebbe presumere che, trascorso un determinato tempo (10 anni per esempio), la cittadinanza primiera fosse perduta, e la nuova acquistata in virtù del domicilio prolungato. In questa guisa si eviterebbe l'inconveniente che coloro i quali per lunghi anni si fossero stabiliti in un paese, potessero con ingrata sorpresa invocare l'applicazione della legge della loro patria, colla quale essi avessero effettivamente rotti tutti i legami ». A tale proposito deve notarsi che quando il Fiore accenna « ad una nuova cittadinanza acquistata in virtù del domicilio prolungato » non può riferirsi alla cittadinanza propriamente detta, poichè nessuno Stato ammetterebbe che uno straniero così tacitamente entrasse nella sua sudditanza, e di per sè esclusivamente si trasformasse di forestiero in cittadino. Il Fiore qui non può riferirsi se non che ad una assimilazione ai cittadini nei riguardi dei rapporti di diritto privato e della soggezione, rispetto a tali rapporti, alla legge dello Stato. Trattasi dunque in questo caso di una vera concessione alla legge del domicilio, cui si riconosce di bel nuovo in certi casi competenza a regolare e determinare lo stato e la capacità delle persone.

247. — Tutti gli scrittori italiani più recenti di diritto internazionale privato, o manifestano una eguale indipendenza nel riprendere in esame i principii fondamentali di quella che si è convenuto di chiamare la scuola italiana, oppure accettandone le dottrine, ne modificano o nell'una o nell'altra parte taluna delle norme o dei risultati.

Il Fusinato, che pur non risparmia nè le indagini indipendenti dall'indirizzo tracciato dai precedenti scrittori, nè la critica al principio stesso fondamentale di tale scuola, riconosce però i grandi meriti, e sopratutto quello di non essere « un nuovo sistema innovatore ad ogni costo, bensì un graduale e naturale sviluppo delle teorie precedenti » (1). Egli critica è vero il primo principio dal quale il sistema della scuola italiana gli sembra derivare, ma del sistema accetta in buona parte i risultati. Sarà dunque utile esaminare partitamente ciò ch'egli critica e ciò ch'egli accetta dei principii e dei risultati di tale scuola.

Egli così ne riassume brevemente il sistema (2): « Ogni legislatore deve riconoscere senza riserva nel proprio territorio il diritto

(1) Fusinato, *Il principio della scuola italiana nel diritto internazionale privato*. Bologna, estratto dall'*Archivio giuridico*, 1885, pag. 90, 91.
(2) L. c., pag. 19.

privato dello straniero; deve al contrario respingere ogni legge che si dimostri in contraddizione col suo diritto pubblico, e tale che, applicata, turberebbe l'ordine pubblico nel territorio. Il legislatore rende omaggio al principio di nazionalità come il compimento d'uno stretto dovere, quando riconosce l'efficacia nel suo territorio delle leggi straniere che regolano la persona, la famiglia, la successione, finchè ciò non attenti alla costituzione politica e all'ordine pubblico del paese; il legislatore rispetta il principio di libertà, quando non impaccia con le sue leggi l'esercizio della libertà innocua dello straniero, accordandogli la facoltà di determinare da sè medesimo le norme alle quali vuol sottoporre gli atti suoi. In ultimo luogo il legislatore tutela il diritto di sovranità e la sua indipendenza, quando indistintamente assoggetta lo straniero, così come i suoi cittadini, alle leggi penali del territorio ed alle leggi di diritto e di ordine pubblico ».

Riassunti così i punti fondamentali della dottrina italiana, il Fusinato riconosce che il concetto fondamentale da cui la scuola italiana prende le mosse, cioè l'applicabilità estraterritoriale delle leggi d'ordine privato, è perfettamente giusto (1). E i risultamenti della scuola italiana sono da lui accettati completamente in quanto si riferisce alla scelta della legge nazionale come regolatrice universale dello stato e della capacità delle persone. E lo stesso è affermato per incidenza dall'Olivi in un suo studio sulla cittadinanza (2). Se non che perfettamente accordandosi colla scuola italiana quanto ai risultati, il Fusinato se ne allontana nella sua giustificazione fondamentale (3). Egli non adotta infatti il principio della nazionalità del diritto privato, cioè del nesso delle leggi civili colle condizioni etnografiche e geografiche d'una società, considerato come rapporto di effetto colla causa; eppure giudica egualmente che la legge nazionale debba preferirsi a quella del domicilio come regolatrice dello stato e della capacità delle persone. E in tale giudizio s'induce perchè il domicilio gli pare un fatto troppo passeggero e mutevole perchè da esso possa farsi dipendere il cangiamento di tutto lo stato di una persona; perchè le leggi stesse discordano nel definire ciò che sia domicilio, e perchè la nazionalità, oltrechè essere un concetto semplicissimo, evidente e sempre eguale, ha un carattere assai maggiore di stabilità, e deve

(1) L. c., pag. 21.
(2) Olivi, *Della cittadinanza*, cap. II (*Archivio giuridico*, vol. XVI, pag. 82).
(3) Fusinato, l. c., pag. 51.

perciò uniformemente reggere quella parte che non è volontaria del diritto privato (1).

La legge nazionale è dunque preferita dal Fusinato a quella del domicilio, come regolatrice dello stato e della capacità degli individui, e in ciò egli va d'accordo colla scuola italiana; e se ne allontana soltanto in quanto che a di lui avviso le ragioni di tale prevalenza della legge nazionale sussistono anche indipendentemente dall'ammettere quel principio del carattere nazionale e necessario (2) del diritto privato che la scuola italiana pone a fondamento del suo sistema di diritto privato internazionale (3).

Egli giudica poi che la scuola italiana abbia troppo ristretto il campo della legge territoriale, costringendolo nei limiti voluti dal diritto pubblico e dall'ordine pubblico dello Stato (4), e preferirebbe come opportuna una inversione di termini nei fondamenti del sistema, inversione forse ispirata alla dottrina del Wächter. A base del sistema dovrebbe assumersi il principio della territorialità, cioè il diritto di ciascuno Stato di emanare leggi per il proprio territorio, e di vietare l'applicazione in questo di leggi straniere turbatrici del proprio diritto pubblico, o immorali, o per altra guisa dannose. Nei limiti consentiti da tali considerazioni, la legge straniera dovrebbe applicarsi nei riguardi dei forestieri, ed essere preferita la loro legge nazionale in quanto si riferisce alla determinazione del loro stato e della loro capacità. Ma tale inversione di termini non produce un mutamento di risultati. La territorialità è considerata dagli uni come eccezione, dagli altri come regola fondamentale; ma siccome, a diverso titolo, essa entra nel sistema nelle stesse proporzioni e colla stessa intensità, non ne può venir modificato il grado di estraterritorialità da ultimo riconosciuto così dagli uni come dagli altri alle leggi relative allo stato ed alla capacità della persona.

248. — Ammesso poi l'impero della legge nazionale sullo stato e sulla capacità delle persone, gli autori italiani si dividono circa la competenza da taluni riservata esclusivamente alla magistratura nazionale, da altri attribuita anche alle magistrature straniere le quali,

(1) L. c., pag. 58, 59.

(2) V. FUSINATO, l. c., pag. 33-43 e 47, 50 e 51, dove cerca dimostrare come diventi sempre meno sussistente l'elemento permanente delle leggi nazionali, e il fattore spontaneo e non riflesso e scientifico delle leggi e delle riforme legislative dei singoli Stati.

(3) L. c., pag. 60.

(4) L. c., pag. 23-26.

quando possano invocarla secondo le regole normali della competenza, potranno giudicare anche fra stranieri in questioni di stato, applicando a queste la legge nazionale delle parti. La prima opinione, collegando la competenza del magistrato a quella della legge, in una materia così strettamente pertinente allo statuto personale, crede di integrare in questa guisa la nazionalità di tale statuto. La seconda crede tale statuto garantito abbastanza quando si ammetta che il magistrato giudicante, qualunque esso sia, debba applicare in tale materia la legge nazionale delle parti. E non riservandone esclusivamente l'applicazione al giudice dello Stato cui appartengono le parti, crede corrispondere invece ad un altro principio del diritto internazionale moderno, a quello cioè che vuol pareggiati in ciascuno Stato gli stranieri coi cittadini nella protezione giudiziaria. Ma anche il principio della competenza dei tribunali di un paese a giudicare di sudditi d'un altro in materia di statuto personale, non può ammettersi in modo assoluto dai suoi fautori, come logicamente potrebbe ammettersi, data la premessa della nazionalità dello statuto personale, il principio dell'incompetenza. E la difficoltà sta appunto nel definire i giusti limiti di quella competenza. Il Pescatore la ammetteva « in ragione di una violazione di diritto commessa nel territorio » (1). Il Bolaffio correggeva la espressione dello stesso principio ammettendo che: « I tribunali italiani sono incompetenti a pronunciarsi sopra questioni di stato riguardanti gli stranieri, tranne allora che i fatti giuridici, i quali servono di fondamento all'istanza, si sono verificati nel territorio » (2). Il Fedozzi poi collega la questione della competenza giudiziaria, così essenzialmente diversa da quella legislativa, al fatto del domicilio, e formula così la regola da lui proposta: « I tribunali italiani sono incompetenti a pronunciarsi su questioni di stato riguardanti gli stranieri, tranne allora che questi abbiano in Italia il loro domicilio, ovvero, in difetto di domicilio, che si siano verificati in Italia i fatti giuridici, i quali servono di fondamento all'istanza » (3).

Così restando inalterata la applicazione della legge nazionale alle questioni di stato, e senza adottare in quanto alla competenza giudiziaria l'eccesso dell'una o dell'altra soluzione assoluta, si giustifica anche in tale materia col fatto compiuto nel territorio o col domicilio

(1) Pescatore, *Filosofia e dottrine giuridiche*, vol. II, pag. 89 e segg.
(2) Bolaffio, *Temi Veneta*, 1885, pag. 465.
(3) Fedozzi, *Della interdizione di stranieri domiciliati nel Regno* (*caso Castori*). Estratto dalla *Temi Veneta*, anno XXI, n° 3.

delle parti la competenza del giudice a pronunciare fra stranieri. E s'integra per tal guisa il concetto del diritto internazionale privato che praticamente si effettua non solo per l'assoggettamento dei rapporti giuridici alla legge competente, ma anche per l'applicazione di tale legge competente ai singoli rapporti giuridici per opera di magistrati di paesi diversi da quello cui le parti per sudditanza appartengono.

249 — Gli studi dell'Anzilotti (1) sono notevoli, dal punto di vista che ora ci preoccupa, per tre rispetti: quanto al modo di concepire il diritto internazionale privato; quanto al carattere ed al valore attribuito alle leggi interne di diritto internazionale privato, e quanto al carattere ed al regolamento dello statuto personale.

L'Anzilotti prende le mosse dal concetto di un sistema di diritto internazionale privato ideale ed unico per tutto il mondo civile e pertanto considera il diritto internazionale privato « come un diritto superiore alle leggi nazionali di cui regola i rapporti, come un vero e proprio diritto internazionale » (2). Però i singoli legislatori trattano e risolvono le questioni di diritto internazionale dal punto di vista del loro diritto e del loro ordine interno; come i singoli giuristi dal punto di vista della loro ragione (3). È vero che ogni giurista crede il prodotto del proprio ragionamento un dettame della ragione, ed ogni legislatore crede che l'ordine giuridico del proprio paese tutelato dalle proprie leggi, coincida coll'ordine giuridico universale. Ma siccome questa combinazione in realtà non è costante e molte volte le coscienze dei legislatori come i ragionamenti dei giureconsulti divergono, ne deriva necessariamente che la identità delle leggi interne di diritto internazionale esiste sempre quanto all'obbietto, ma non quanto al contenuto. E quando in quest'ultimo rispetto la identità non esista, le leggi interne in materia di diritto internazionale potranno ben considerarsi, dal punto di vista del loro studio sistematico e comparato, come una parte vera e propria d'un ordine giuridico internazionale ancora incompiuto od imperfetto (4), ma non hanno nè possono avere rispetto ai territorii degli altri Stati veruna maggiore autorità di quella che compete alle altre leggi interne dei singoli Stati.

Sarà probabile per la identità dell'obbietto che quelle leggi siano

(1) Anzilotti, *Studii critici di diritto internazionale privato.* Rocca San Casciano, Cappelli, 1898.
(2) L. c., studio II, *Leggi interne in materia internazionale*, pag. 128-130.
(3) L. c., pag. 109 e 110.
(4) L. c., pag. 140, 145, 146, 148.

sovente in armonia e costituiscano pertanto frammenti di un diritto universale o per lo meno comune a molti Stati e superiore alle singole leggi nazionali; sarà pure probabile che per effetto della scienza giuridica in questo senso sempre più progredita, l'armonia fra quelle leggi diventi sempre maggiore; ma quando tale armonia non sussista, non so vedere in che quelle leggi interne di diritto internazionale privato possano differire, oltre i limiti del territorio soggetto al legislatore, dalle altre leggi interne. È vero (1) che gli Stati, nell'emanare tali leggi interne di diritto internazionale, compiono una funzione che nell'ultima e più alta fase dello sviluppo della società degli Stati spetterebbe a veri e proprii organi internazionali. Mancando tali organi lo Stato deve necessariamente supplirli, e la sua funzione nel campo del diritto internazionale privato è dunque una vera e propria funzione internazionale, perchè si spiega in un campo che al diritto internazionale appartiene.

Ma pur ammettendo tutto ciò, non può derivarne come conseguenza un'autorità internazionale delle leggi interne di tale specie, quando non siano riprodotte da tutti gli altri legislatori civili, o da un gran numero di essi, o quando per altra guisa la consuetudine non le faccia valere anche in altri territorii. Sicchè, od il diritto internazionale privato si concepisce come ideale sistema scientifico, ed allora come prodotto della ragione pratica deve considerarsi ed è effettivamente superiore ai singoli sistemi di diritto interno. O lo si considera come parte del diritto positivo e prodotto di una funzione legislativa superiore a quelle dei singoli Stati, e allora la sua superiorità pratica alle leggi particolari è subordinata alla effettiva identità delle sue norme nei varii paesi, e resta vera la regola del Fiore (2): « I principii generali relativi all'autorità territoriale ed estraterritoriale delle leggi non potranno addivenire obbligatorii per gli Stati che mediante trattati ».

In quanto al problema fondamentale del sistema di diritto internazionale privato, l'Anzilotti lo pone appunto nei modi preferiti dal Fusinato (3): « stabilire i limiti locali d'impero del diritto nazionale e determinare la legge straniera applicabile nei casi che sfuggono alla applicazione del diritto interno » (4). Per tale determinazione è esclu-

(1) L. c., pag. 135, 137 e 138.
(2) *Diritto intern. privato*, 3ª ediz., vol. I, pag. 66, § 40.
(3) V. sopra, pag. 227, 228.
(4) Anzilotti, l. c., pag. 111.

sivamente competente ciascuno Stato nel rispettivo territorio; ed è vero che la competenza del giudice nazionale (1) non può giustificarsi con diverse ragioni e criteri di fronte all'uno ed all'altro caso; poichè trattasi sempre (2) di risolvere un conflitto fra la legge territoriale ed una legge estera, od anche soltanto fra più leggi estere, ma nei casi in cui tale conflitto rientra, per qualsivoglia motivo, nella sfera d'efficienza della legge territoriale. Ora tali leggi interne di diritto internazionale sono bensì, come dice l'Anzilotti (3), formalmente identiche e sostanzialmente diverse dalle leggi interne vere e proprie, ma, come queste ultime, spiegano una efficacia piena ed assoluta nel territorio dello Stato che le ha emanate, e fuori di tale territorio in nulla possono distinguersi, quanto ad autorità di comando, dalle altre leggi interne del medesimo Stato.

Dal punto di vista scientifico è vero (4) che quelle leggi interne sono una parte d'un ordine giuridico internazionale ancora incompiuto ed imperfetto; donde la necessità *di considerarle e studiarle* in relazione a quest'ordine che concorrono a formare e dal quale derivano la loro ragion d'essere e il loro valore; ed è pur vero che, accanto all'ordine giuridico privato interno, esiste un ordine giuridico privato internazionale che, nonostante tutte le imperfezioni e le lacune, si afferma con caratteri e con esigenze sue proprie, corrispondenti ai caratteri ed alle esigenze dei rapporti di fatto da cui emana (5).

Ma non è a tale proposito altrettanto chiara un'altra affermazione dell'Anzilotti. « Le regole, dice egli (6), di diritto internazionale privato, che troviamo sancite dalle leggi dei singoli Stati, non hanno, in sè considerate, nè una ragion d'essere nè un valore intrinseco eguale alle regole di diritto interno; perchè mentre queste trovano nell'organo da cui derivano la ragione necessaria e sufficiente dell'esser loro, quelle sono semplicemente una parte di un ordine giuridico più vasto, e non si possono intendere ed ammettere se non in relazione a questo ed al suo processo storico di formazione ». La qual distinzione o si riferisce al modo di comprendere la genesi e l'efficacia di tali leggi come fonti di un diritto internazionale universale ed è perfettamente

(1) Anzilotti, pag. 112 e 117.
(2) L. c., pag. 122.
(3) L. c., pag. 140-148.
(4) L. c., pag. 148.
(5) L. c., pag. 148, 149.
(6) L. c., pag. 146.

degna di approvazione; o si riferisce al loro carattere particolare di norme obbligatorie distinte da quelle di diritto interno propriamente detto, e in tale ultima ipotesi non mi parrebbe giustificabile. L'autore, rispondendo al Niemeyer, ammette che anche tali leggi come quelle di diritto interno propriamente detto, non possano farsi valere se non dove il legislatore possa imporre i proprii comandi o ne consenta l'applicazione. Ma quando ciò si ammetta, non si sa vedere dove la distinzione di valore intrinseco fra le due specie di leggi interne veramente sia (1). Resta sempre vero che la funzione legislativa e giudiziaria dei singoli Stati supplisce al difetto d'organi legislativi universali in materia di diritto internazionale; e vi supplisce con regole interne di diritto internazionale privato. Resta vero altresì che queste regole desumono dal diritto internazionale il loro significato e il loro valore razionale. Ma ciò non modifica, nei rapporti della pratica, la loro caratteristica di leggi interne; e tali restano non solo quanto a forza obbligatoria, ma anche quanto a quel valore intrinseco, che da tale forza obbligatoria, è. nei rapporti di diritto positivo, così difficile a distinguersi. La distinzione invece è giusta dal punto di vista della interpretazione e della elaborazione scientifica di tali regole particolari considerate come fonti di un diritto internazionale privato universale. E da questo punto di vista la esposizione critica dell'Anzilotti ha molto valore. Del resto il carattere essenziale di tale elemento positivo non sfugge all'Anzilotti, chè anzi egli ne prende argomento per muovere una critica ai primi scrittori della scuola italiana (2).

Egli nota appunto come il favore generale che accolse la dottrina del Mancini, e la corrispondenza che manifestavasi fra quella ed il tempo ed il paese in cui era sorta, l'abbiano fatta considerare quasi come un diritto per natura universale dotato di un valore proprio intrinseco e sostanziale, di cui dovessero essere manifestazioni le leggi ed i trattati. « Svolgendo ed applicando questa dottrina, si credè di svolgere e di applicare un vero e proprio diritto internazionale, cui non mancava che il tempo per diventare la regola dei popoli civili; e si creava, com'era già avvenuto nella scuola del diritto naturale, un sistema tutto soggettivo, considerato come il vero e proprio diritto eterno, immutabile, qualunque potessero poi essere le condizioni di fatto del genere umano ».

(1) Anzilotti, l. c., pag. 159, 160, 161, 162 e 173, 174.
(2) L. c., pag. 105.

Tale critica, a dir vero, non è meritata, come apparisce da tutta la esposizione che ne ho data delle rispettive dottrine, da tutti gli scrittori della scuola italiana (1); ma è importante per ciò che insiste su quella distinzione fra il sistema del diritto internazionale nella scienza e nel diritto positivo, che non da tutti e in Italia e fuori si tien sempre presente, e la cui trascuranza ingenera poi non poche oscurità e confusioni. E si è veduto come tale abito di confusione sia sempre tanto diffuso che anche lo stesso Anzilotti, che pur non vi cade, abbia talora (2) l'apparenza egli pur di cadervi.

250. — Quanto alla legge personale, egli nota la tendenza sempre più decisa, così nella scienza come nella pratica, alla universalità della sua applicazione (3); ma nota pure, approvandola, l'altra tendenza, qua e là in diversa misura manifestata, a limitare l'applicazione della legge personale nei rispetti della capacità o delle obbligazioni, tendenza ispirata al concetto d'una più efficace protezione della sicurezza delle contrattazioni, resa necessaria dalla loro aumentata facilità e frequenza. Così va elaborandosi, com'egli accenna (4), una nuova consuetudine internazionale per opera d'un accordo spontaneo e progressivo delle singole leggi particolari, e da tale consuetudine non deriva « un terzo principio o sistema che si contrapponga ai due della cittadinanza e del domicilio, ma un elemento limitatore delle leggi personali, diverso bensì nell'aspetto che assume nelle varie legislazioni, ma sostanzialmente comune nella genesi sua e nella sua ragion d'essere. Chè se l'influenza di questo principio arriva talora fino quasi ad annullare il concetto di una legge personale in materia di capacità, ciò non toglie che scientificamente possa considerarsi sotto l'aspetto ora detto » (5).

Così nell'Anzilotti risultano combinate le due caratteristiche dianzi attribuite agli scrittori italiani più recenti: il rinnovato esame teorico delle regole di diritto internazionale privato, del loro fondamento giuridico e della loro funzione storica; e la limitazione e correzione di qualche regola specifica, antecedentemente formulata dagli autori dianzi citati e da questi più recenti non abbandonata,

(1) V. sopra, pag. 170-212.
(2) V. pag. 232, 233.
(3) L. c., pag. 169-171, e pag. 46 e 47 dello Studio: *Una pagina di storia della codificazione civile in Germania*, nello stesso volume.
(4) L. c., pag. 170, 171.
(5) L. c., pag. 170, 171.

ma ridotta nel suo campo più proprio di applicazione. Così la soggezione dello statuto personale alla legge della persona, non è più, secondo il giudizio dell'Anzilotti, assoluta, e senza eccezione, ma viene, a dir così, integrata per diversa guisa, secondo il giudizio già fatto dal Fiore (1), col concetto del domicilio od anche con quello stesso della residenza della persona della quale dev'essere determinata la capacità.

251. — Anche il Diena giudica (2) una deficienza del Mancini il non aver tenuto abbastanza conto, sopratutto nei riguardi degli immobili, dell'elemento territoriale. E nei riguardi della capacità a contrattare, mentre l'Esperson la fa dipendere sempre dalla legge personale, anche nel caso delle obbligazioni cambiarie (3), diventano più tardi sempre più numerosi gli autori e le legislazioni che, per tutelare la sicurezza delle contrattazioni e la buona fede dei rapporti giuridici, ne attingono il criterio regolatore alla legge territoriale dell'atto (4).

In questa via è pur grave il pericolo che si proceda così da sostituire del tutto, quanto al regolamento della capacità, la legge dell'atto alla legge della persona. Però quando si limiti l'eccezione ai rapporti commerciali e, in questi, ai casi di tutela della sicurezza delle contrattazioni, della buona fede e dei rapporti giuridici, si può raggiungere tale scopo, senza che la legge personale in tali casi preferita ricada in quella incertezza e in quella mobilità ad evitare le quali si è voluto abbandonare, nel regolamento normale dello stato e della capacità della persona, la legge del domicilio, per preferire invece quella nazionale.

E tali criterii a più forte ragione dovrebbero valere, secondo taluni scrittori (5), per le obbligazioni cambiarie. Fra gli autori recenti, l'Ottolenghi sorge validamente in difesa della nazionalità della legge personale anche in tali casi, e salvo le poche incapacità per loro natura reali; e perfino l'articolo 58 del Codice di commercio italiano è da lui interpretato, contro l'opinione di molti fra i com-

(1) Fiore, l. c., pag. 87.

(2) *I diritti reali nel diritto intern. privato.* Torino, Unione Tip.-Editrice, 1895, pag. 35-38.

(3) Esperson, *Diritto cambiario internazionale.* Firenze, Pellas, 1870, pag. 6, 15, 18 e 19.

(4) Ottolenghi, *Appunti di diritto internazionale sulla capacità commerciale e cambiaria.* Modena, estratto dall'*Archivio giuridico,* 1899.

(5) L. c., pag. 10 e 11.

mercialisti italiani, nel senso che nei *requisiti essenziali* delle obbligazioni commerciali, regolati dalla *lex loci actus vel contractus*, non sia compresa anche la capacità contrattuale, la quale debba intendersi sempre soggetta alla legge nazionale. Però quella disposizione di legge, e l'indirizzo della maggioranza degli autori italiani nell'interpretarla, dimostrano quanto cammino abbia fatto il concetto delle eccezioni alla nazionalità assoluta dello statuto personale, anche nel nostro paese.

La determinazione di tali eccezioni acquista anzi tanta importanza, che il Laghi ne fa oggetto particolare d'uno studio, non ancora condotto a termine, sul limite dell'estraterritorialità delle leggi tracciato dal diritto di sovranità nelle sue varie manifestazioni (1). Egli confronta la dottrina del Mancini con quella del Savigny, e fra l'una e l'altra nota un criterio differenziale appunto « nella natura e nel modo d'azione del limite assegnato da entrambe alla estraterritorialità delle leggi ». E parrebbe che il confronto, riservato da lui alla seconda parte della sua opera, non dovesse nell'intendimento dell'autore riuscire a vantaggio della scuola italiana (2).

(1) Laghi, *Il dir. intern. privato nei suoi rapporti colle leggi territoriali*, vol. I. Bologna, Zanichelli, 1888, pag. viii, ix e 109-112.

(2) Così debbo esprimermi, perchè la pagina del Laghi che a ciò si riferisce non apparisce ben chiara. Laghi, pag. 111: " Per Savigny il limite, derivante dalle leggi positive rigorosamente obbligatorie e dalle istituzioni non riconosciute nella patria del giudice, non forma parte organica del suo principio fondamentale, ma agisce come eccezione al medesimo. Invece nella scuola italiana questo limite è racchiuso nella formola stessa del principio fondamentale da essa stabilito, come una parte organica del medesimo, ed agisce in tutte le applicazioni pratiche non come eccezione, ma come uno dei due elementi sostanziali in cui riposa tutto il sistema. Qui il diritto e l'ordine pubblico, che costituiscono in realtà il limite dell'espansione delle leggi straniere, non possono concepirsi separati dal diritto privato che è personale o estraterritoriale; nè questo senza di quelli. Se questa concezione del limite suddetto sia migliore di quella di Schäffner e di Savigny, e quali siano le pratiche conseguenze dell'una e dell'altra, tutto ciò si potrà vedere nel corso di questo lavoro: ma questo basti per dimostrare le differenze principali che separano profondamente i sistemi che abbiamo esaminato ".

Ora nè tale distinzione mi pare ben chiara, nè, per quel tanto che se ne può capire, corrispondente alla realtà. I limiti alla estraterritorialità della legge personale sono nel sistema del Mancini, quanto al loro carattere di eccezione, se non quanto alle proporzioni della loro efficacia, identici a quello che sono nel sistema del Savigny [vedi sopra § 206, pag. 148-150, e Mancini. *Rapporto all' Istituto di diritto internazionale* (*Revue de droit intern.*, vol. VII, 1875, e *Annuaire de l'Institut de dr. intern.*, vol. II, pag. 34)],

252. — Il Fedozzi ha il merito d'avere sviluppato e completato i criterii relativi allo statuto personale, in quanto si riferisce alla personalità degli enti collettivi d'ogni maniera (1), alla loro nazionalità, al loro statuto personale ed ai limiti cui quest'ultimo è soggetto nella sua pratica estrinsecazione.

Quanto alla nazionalità delle persone giuridiche (2) egli adotta il criterio del Fiore (3) secondo il quale « è all'atto di fondazione dell'istituto stesso che conviene volgere la mente per decidere se esso debba essere reputato nazionale o straniero », riferendo pertanto la nazionalità della persona giuridica alla sovranità che le ha dato vita nel territorio soggetto alla sua suprema potestà. Il Fedozzi però giustamente osserva (4) che, rispetto alle fondazioni, il fatto d'essere state costituite a beneficio di nazionali o di stranieri, acquista una grandissima importanza e riveste il carattere di una presunzione di nazionalità « quando quelle, al momento della loro origine, non abbiano avuto un decreto di erezione in ente morale dallo Stato, nel cui territorio sorgono ». Tale sarebbe il caso della Chiesa greca ortodossa e della Congregazione armena di Venezia, le quali, sôrte in territorio veneto e non erette in ente morale dall'autorità territoriale al momento della loro origine, sono ora considerate persone morali straniere, in ragione del loro fine originario che era ed è il beneficio di enti stranieri.

La nazionalità degli enti collettivi costituiti da società commerciali, che sono pur trattati sotto certi rispetti come persone giuridiche, non può desumersi se non che dal luogo dove l'atto costitutivo della società è stato fatto, o dalla nazionalità dei fondatori o dei prin-

e tale concetto si precisa (vedi sopra, § 228, pag. 182-185) negli altri giuristi della scuola italiana immediatamente succeduti al Mancini.

L'antinomia che vuol indicare il Laghi (pag. 109, 110) fra il Savigny e la scuola italiana, in realtà non sussiste. L'uno e l'altra ricercano *la sede del rapporto giuridico*, colla sola differenza che la sede dei rapporti personali è indicata secondo l'uno dalla legge del domicilio e secondo l'altra dalla legge nazionale. " Se le parole e i concetti hanno qualche valore, parci che queste formule siano assolutamente diverse ". Così scrive il Laghi. Ed è vero che son diverse, ma relativamente al solo punto testè indicato; nel resto delle regole e dei limiti, i due sistemi sono analoghi ed in rapporto di perfetta continuità logica e storica.

(1) Fedozzi, *Gli enti collettivi nel diritto internazionale privato*. Padova, Drucker, 1897.

(2) L. c., pag. 160-163.

(3) Fiore, op. cit., 3ª ediz., vol. I, § 305, pag. 302, 303.

(4) L. c., pag. 162, 163.

cipali associati, o dal domicilio legale. In favore di quest'ultimo si pronuncia con prevalenza tanto la dottrina quanto la magistratura. Esso può risultare alla sua volta indicato dalla sede sociale o dal centro reale degli affari, ma il Fedozzi (1) a buon diritto preferisce la prima, come quella che non può dar occasione alle incertezze ed alle complicazioni cui si presta il secondo concetto.

Anche il Diena esclude che si debba prendere in considerazione il luogo dove l'atto costitutivo della società è stato redatto. E va d'accordo col Fedozzi nel riferirsi alla sede sociale e non al luogo dove sta l'oggetto principale dell'impresa nel caso che questo con quella non coincida. La sede sociale gli pare infatti un elemento ben certo e determinato in quanto sono gli statuti sociali che espressamente la designano; ed essa rappresenta il vero e proprio domicilio della società, poichè alla sede sociale risiedono coloro che ne dirigono le operazioni; ivi si riuniscono le persone investite dei poteri per vigilarne il funzionamento e l'amministrazione, ivi si accentrano i capitali della società. Il Diena è poi indotto anche da un'altra considerazione a dar la preferenza alla sede sociale per la determinazione della nazionalità. Si è riconosciuto infatti che le società commerciali, per i fini stessi per i quali sono costituite, devono, sotto certe condizioni, considerarsi legalmente esistenti anche fuori dello Stato dove sono state create. Ora questo principio subirebbe una grave ed ingiustificata limitazione, e il campo di azione delle società, di sua natura internazionale, ne risulterebbe molto limitato, se si vietasse ad una società straniera di avere l'oggetto principale della propria impresa nello Stato, quando essa non volesse trasformarsi perciò in società nazionale. Che se poi una società commerciale già costituita, trasportasse la propria sede sociale in un nuovo Stato, essa dovrebbe cessare di possedere la nazionalità originariamente acquistata, ed implicitamente verrebbe a disciogliersi (salvo a ricostruirsi nuovamente nell'altro paese), non potendo più rimanere sottoposta alle norme legislative che le erano prima applicabili. Per effetto degli stessi principii, diverse sarebbero le conseguenze del trasporto che la società facesse in altro territorio dell'oggetto principale della propria impresa senza rimuovere la propria sede originaria. In tal caso essa potrebbe conservare la nazionalità originaria; ma i soci dissenzienti, a norma delle disposizioni di diritto interno vigenti in alcuni paesi, potrebbero, sotto

(1) Pag. 166.

certe condizioni, recedere dalla società e farsi rifondere le loro quote od azioni.

Dalla stessa legge che determina la nazionalità d'una società commerciale, dovrà dipendere anche la regolarità della sua costituzione. Ma tale autorità che è attribuita alla legge nazionale da taluno, in quanto si presuma indicata dalla volontà dei soci, è giustificata invece dal Diena colla considerazione che è il legislatore del paese dove la società ha il proprio domicilio e dove permanentemente converge tutto ciò che concerne le relazioni dei soci tra loro e coi terzi, quello che ha speciale competenza a stabilire le modalità necessarie e sufficienti affinchè possa sorgere un ente distinto dalle persone che lo compongono, senza che il pubblico interesse abbia a risentirne danno (1).

Il Fedozzi, che aveva impreso lo studio di tutti gli enti collettivi nel diritto internazionale privato, dopo aver determinato per le persone giuridiche e per le società commerciali, la nazionalità da cui deriva la possibilità stessa d'una personalità propria dell'ente, cercava un analogo criterio anche per le associazioni e le società civili straniere. E riconosceva che, quanto a queste due ultime specie, il criterio per determinarne la nazionalità debba essere diverso, sì per la mancanza di un pubblico atto di fondazione, sì per quella di una indicazione di domicilio sociale derivante dalla speculazione commerciale, sì infine perchè trattasi in tal caso di un ente collettivo i cui elementi non si confondono e scompaiono nell'unità, poichè questa non è se non che la somma dei caratteri giuridici degli associati.

La nazionalità di tali enti (2) non può dunque in principio dedursi, dovunque sia la sede sociale, se non che dalla nazionalità di tutti e di ciascuno dei singoli associati, e quando tale criterio non possa adottarsi, dovrà ricorrersi a quello del domicilio per analogia con quanto, riguardo alle persone fisiche prive di cittadinanza, è comunemente ammesso anche da coloro che sostengono generalmente l'adozione della legge nazionale.

Determinata così la nazionalità, o meglio la sede permanente delle persone giuridiche, delle società commerciali, delle società civili e delle associazioni, restava la ricerca dei criterii per determinarne

(1) Diena, *Trattato di diritto commerciale internazionale, ossia il diritto internazionale privato commerciale*, vol. I, Parte generale, pag. 258, 259, 260, 263, 265, 266, 269, 270, 278-280. Firenze, Cammelli, 1900.
(2) Fedozzi, l. c., pag. 247-249.

il rispettivo statuto personale. Il Fedozzi considera la persona morale come un rapporto giuridico a cui lo Stato, non diversamente che ad altri rapporti giuridici, concede la propria sanzione; e crede col Fiore (1) che per riconoscere lo statuto personale delle persone giuridiche, non sia un punto di partenza necessario quello dell'assimilazione completa fra queste e le persone fisiche. Ma come ciascun paese è competente a fissare in modo decisivo lo stato e la capacità dei proprii cittadini, i quali ne sono poi regolati dovunque vengano successivamente a trovarsi, così ciascun paese è più d'ogni altro competente a regolare, secondo i bisogni sociali e le condizioni sociali dei suoi cittadini, la capacità delle persone giuridiche, sôrte nel suo territorio; e tutti gli altri Stati, incompetenti dal canto loro a modificarla, debbono rispettarla.

Ed è la legge, diversa secondo i casi (2), che attribuisce alle persone giuridiche una personalità e con questa una nazionalità indipendente e distinta dal loro domicilio, quella che forma il loro statuto personale e che ne regola i rapporti giuridici anche negli altri paesi (3). Per le società commerciali invece, appunto perchè la sede sociale o domicilio è il loro centro e l'indicazione della loro pertinenza ad uno Stato, deve la legge vigente in quel territorio costituire il loro statuto personale. Nè può citarsi come una eccezione particolare la condizione in cui si trovano corporazioni ed associazioni in Oriente, perchè tale condizione speciale fa parte di quel sistema eccezionale che regola gli enti giuridici stranieri, individuali o collettivi, nei paesi musulmani.

A determinare il carattere civile o commerciale della società, il magistrato non deve poi, secondo il Diena, tener conto *in via esclusiva* della propria legge, ma non è in ogni ipotesi esatta l'opinione opposta di chi sostiene si debba per tale determinazione *sempre* riferirsi alla legge del principale stabilimento della società. Come per le persone singole, così anche per gli enti collettivi, egli reputa necessario prendere in considerazione la legge del paese dove il commercio è esercitato. Se pertanto una società ha in uno Stato la sede amministrativa e l'unico oggetto della propria impresa, il carattere civile o commerciale che le venga attribuito dalla sua legge nazionale dev'essere riconosciuto dovunque ancorchè essa compia qualche sin-

(1) Fiore, op. cit., 3ª ediz., vol. I, pag. 312 e § 317.
(2) V. pag. 237.
(3) Fedozzi, l. c., pag. 197-202.

gola operazione in altri paesi retti da leggi diverse. Ma se la sede amministrativa della società sia in uno Stato A, e l'oggetto della sua impresa si trovi in uno Stato B, i tribunali di quest'ultimo Stato non potrebbero considerare civile la società quando l'impresa da essa esercitata fosse commerciale secondo le leggi dello Stato B, anche se in A essa fosse qualificata come civile. Lo stesso dovrebbe dirsi se, avendo in A la sede amministrativa e l'oggetto *principale* della sua impresa, quella società avesse in B uno stabilimento secondario. A tale conclusione il Diena viene non in favore della legge dei paesi dove ogni singola operazione della società è compiuta, ma del paese o dei paesi dove, in una forma *abituale* e *permanente*, quella società esercita il commercio. Ora per le società come per gli individui, egli dice, nulla vi è di strano nel fatto che chi compie abitualmente in più Stati operazioni suscettibili di essere, secondo alcune legislazioni, considerate come atti di commercio, secondo altre come atti civili, sia contemporaneamente reputato commerciante in uno Stato e non commerciante in un altro, dal momento che le disposizioni riguardanti la qualità di negoziante hanno, dal punto di vista del diritto interno, carattere di ordine pubblico (1), e coll'impero delle loro disposizioni relative al carattere civile o commerciale della società, contribuiscono un elemento modificatore del suo statuto personale.

Quanto ai rapporti fra i soci e la società, il Diena vuol presumere che i fondatori di una società commerciale abbiano avuto l'intenzione di tener conto, nelle clausole del loro contratto, della legge vigente nel luogo della principale sede sociale. Tale presunzione sussiste, a di lui avviso, anche di fronte all'articolo 9 delle Disposizioni preliminari del Codice italiano, poichè dal fatto che i contraenti abbiano scelto per sede della società un paese diverso da quello a cui essi personalmente appartengono o da quello dove l'atto costitutivo della società sia stato stipulato, deriva quella *dimostrazione di una diversa volontà*, preveduta dallo stesso articolo 9, che fa venir meno l'applicabilità delle presunzioni contemplate dalla disposizione del medesimo articolo.

A maggior ragione giudica il Diena che la legge nazionale della società debba essere rispettata, per i rapporti fra i soci e la società, relativamente alle disposizioni aventi valore obbligatorio, in quanto formano un tutto unico con quelle che si riferiscono alla costituzione

(1) Diena, *Diritto commerciale internazionale*, vol. I, pag. 293 e 296-298.

ed al funzionamento della società. Alla legge nazionale della società dovrà pure competere di stabilire le condizioni affinchè le azioni nominative possano essere cedute e le formalità da compiersi per effettuarne il trasferimento, e di determinare se le azioni possano essere suddivise in frazioni. Ed alla medesima legge si dovrà ricorrere per apprezzare quando le azioni giuridiche che i soci intendessero di esercitare contro la società o i suoi amministratori debbano reputarsi prescritte (1).

Più difficile che per le società civili o commerciali, è il determinare (2) lo statuto personale non tanto delle società civili quanto delle associazioni, riguardo alle quali pochissimi Stati hanno sancito regole legislative concrete, mentre a quelle non sono neppure applicabili per analogia tutte le disposizioni che regolano le società civili. Tuttavia anche per le associazioni può dirsi col Fedozzi che, una volta determinata la loro nazionalità o sede permanente, non sia impossibile farne derivare anche il loro statuto personale, perchè « le norme riguardanti le società civili, e la cui applicazione non ripugna alla loro natura, i supremi principii del diritto vigente in quel dato paese, le norme date indirettamente riguardo a restrizioni di capacità, al bisogno di autorizzazione, ecc., il tutto illuminato ed interpretato dalla giurisprudenza, può costituire una base sufficiente per costruire una specie di patrimonio giuridico da loro inseparabile » (3).

All'obbiezione di chi crede inconciliabile il concetto di statuto personale con quello di un ente sprovveduto di personalità giuridica, il Fedozzi risponde che l'associazione, pur mancando di personalità giuridica, non manca di *una propria individualità*, la cui esistenza è così evidente nella vita contemporanea da non potersi assolutamente negare, senza mettersi in contraddizione colla più chiara realtà delle cose.

L'opinione di chi sostiene che le associazioni debbano essere rette dallo statuto territoriale, cioè dalle leggi del luogo dove hanno dei rapporti giuridici, è confutata da lui osservando che le associazioni sono forme della vita sociale, vicine, molto più delle persone giuridiche, alla condizione del semplice individuo. Sicchè se questo conserva, fuori della patria, il proprio statuto personale contrattando per uno scopo lecito, mancherebbe una ragione per privarlo di tale

(1) Diena, *Diritto comm. intern.*, pag. 319-324.
(2) Fedozzi, l. c., pag. 248-250.
(3) V. sopra, pag. 239, e Fedozzi, l. c., pag. 248, 249.

beneficio, quando egli si unisca ad altri cittadini per raggiungere insieme un tale scopo con maggiore efficacia. E poichè la nazionalità di un'associazione si deduce dalla nazionalità dei soci e non dal luogo dove essa ha la propria sede, lo statuto personale dell'associazione stessa deve pur dipendere dalla legge nazionale, anzichè da quella del domicilio, eccettuati naturalmente quei casi suaccennati, nei quali unicamente dal domicilio possa dedursene la nazionalità (1).

Ma pur ammesso tuttociò, è nonpertanto evidente che rispetto allo statuto personale degli enti collettivi, potranno a più forte ragione che non rispetto allo statuto personale degli individui, farsi sentire dei limiti ispirati dall'interesse della sovranità straniera nel cui territorio gli uni e gli altri esercitino dei diritti. Quanto alle persone giuridiche straniere, saranno obbligatorie tutte le norme della legge territoriale che riguardano l'ordine pubblico internazionale, come la proibizione di acquistare immobili nel territorio, la proibizione di possedere in tutto od anche in parte navi nazionali, i limiti all'attività economica delle corporazioni religiose, la redimibilità decretata nel territorio per determinate specie di canoni, l'applicabilità della tassa di manomorta, l'acquisto di immobili nel territorio soggetto in ogni caso all'autorizzazione amministrativa necessaria per le persone giuridiche nazionali.

A limiti analoghi in parte a questi ed in parte a quelli che son relativi all'esplicarsi dell'attività individuale, son soggette fuori del territorio dove hanno la loro permanente sede giuridica, le società commerciali e civili e le associazioni. Il Fedozzi non si allontana, ciò ammettendo e giustificando, dalla scuola italiana, nè respinge le regole di quella scuola relative allo statuto personale; anzi le accetta; ma quanto ho citato qui di lui è esempio di uno sviluppo che rettifica e completa quel principio generale che il Mancini formulava (2), che gli altri giuristi della scuola italiana avevano adottato, e ch'era stato accolto nell'articolo 6 del titolo preliminare del nostro Codice.

E lo stesso può dirsi del Diena che ricerca appunto se nel caso delle società commerciali straniere l'ordine pubblico territoriale di ciascuno Stato debba far prevalere la legge locale su quella personale delle società in una misura anche più estesa di quanto avviene nel regolamento della capacità delle persone fisiche. Nè tale estensione è ammessa da lui in proporzione tale da porlo in contraddizione colle

(1) Fedozzi, l. c., pag. 248-250.
(2) V. sopra, § 209, pag. 156-158.

dottrine tradizionali della scuola italiana. Infatti se in una legislazione esistono speciali disposizioni limitatrici dello statuto personale dello straniero, quelle disposizioni, in quanto si riferiscono alla legge da applicare al giudizio della capacità di chi contrae obbligazioni nel territorio dello Stato, si applicano non solo alle società commerciali forestiere ma anche agli individui stranieri che contraggono nello Stato. In quanto si tratti di operazioni che, per ragioni di ordine pubblico o di interesse pubblico, fossero vietate nello Stato o non potessero quivi compiersi senza l'adempimento di speciali cautele, od autorizzazioni, dovrà necessariamente prevalere rispetto a quelle la disposizione proibitiva o limitatrice della legge locale sulla disposizione permissiva della legge straniera. Anche in tal caso però, sarà bensì vero che il divieto della legge locale colpirà, nella proporzione dei casi concreti, più frequentemente le società commerciali che non gli individui stranieri. Ma in via di diritto e di possibilità, nulla v'è in tali divieti che possa concepirsi come peculiarmente applicabile in modo esclusivo alle società forestiere. Sicchè resta nella conclusione affermato anche dal Diena non solo che la capacità di una società straniera possa essere normalmente regolata dalla sua legge nazionale, ma altresì che alla legge territoriale tale capacità non sia subordinata se non che in quella misura in cui vi siano sottoposti anche gli individui singoli di nazionalità straniera (1).

253. — Sulla necessità di tale sviluppo e di tali indipendenti analisi di applicazioni che rettifichino e completino a parte a parte la dottrina fondamentale della scuola italiana, insiste anche il Gemma nelle sue lezioni di propedeutica al diritto internazionale privato (2). Egli osserva infatti che la norma di collisione, cioè la regola di diritto internazionale privato, ridotta ad una formula così dal giureconsulto come dal legislatore, è sempre per natura sua molto generale, abbraccia in una breve sentenza gruppi di rapporti giuridici assai complessi e si limita piuttosto a tracciare una linea direttiva anzichè a risolvere, istituto per istituto, il problema che ad entrambi si affaccia. Ne deriva, pur ammettendo che l'unica origine del diritto internazionale positivo sia, per ciascun territorio, la volontà dello Stato (3), la

(1) Diena, *Diritto comm. intern.*, vol. cit., pag. 303-308, 310-311.

(2) Gemma, *Propedeutica al diritto internazionale privato.* Bologna, Zanichelli, 1899, lezione II: *Le fonti del diritto intern. privato considerate nel loro valore assoluto e relativo*, pag. 60 e 65.

(3) L. c., lez. II, pag. 49-51.

necessità che tanto la giurisprudenza nell'applicazione della legge di ciascun paese, quanto la scienza nell'applicazione di regole già formulate ed accettate, talora ne completino il significato, talora anche, per conseguire il fine cui si tende con tutto il sistema di tali norme, da taluna di queste alcun poco si allontanino. È un'opera ad un tempo di commento e di elaborazione per effetto della quale il sistema che pur si segue, a quando a quando si modifica e si completa.

Il Gemma poi, nel considerare quella che potrebbe dirsi la topografia scientifica del diritto internazionale privato, si avvicina al Brusa (1) nel giudicarlo pertinente al sistema del diritto privato (2). « Quando ci si chiede, dice egli, quale sia la natura giuridica, non già delle regole positive che possono emanare dal legislatore di uno Stato, ma dei rapporti ai quali tali regole convengano, penso che la risposta non possa essere dubbia. In altri termini sono gli individui e non gli Stati che costituiscono i soggetti della nostra scienza, sono rapporti individuali e non rapporti pubblici, quelli che dobbiamo sottoporre all'indagine nostra ».

E ciò è vero; ma non può dirsi altrettanto dell'affermazione fatta subito dopo dal Gemma, che « le rispettive soluzioni vengono sempre dedotte da concetti di diritto privato »; poichè la materia è di diritto privato, ma le prime ragioni delle regole applicate a quella materia sono di diritto internazionale; ed appunto da ciò risulta giustificata la denominazione di diritto internazionale privato. Del resto io qui non intendo tornare di proposito ad un têma sul quale ho già esposto (3) il mio avviso; ma soltanto notare le varie peculiarità di pensiero dei contemporanei autori italiani di diritto privato internazionale.

Ad appoggiare il suo asserto il Gemma cita anche il principio di nazionalità e ragiona così (4): se il diritto internazionale privato fosse parte o sottospecie del diritto delle genti, tutte le teorie fondamentali che informano i principii di quest'ultimo, dovrebbero riflettersi con pari efficacia anche sul primo; e come degli altri principii fondamentali del diritto internazionale pubblico, così dovrebbe essere anche del principio di nazionalità che è dei più importanti e che è gloria della scuola italiana. « Pure, egli oppone, quella parola *nazionalità*, trasportata nel diritto privato, diventa un non senso; nè

(1) V. sopra, § 214, pag. 216-218.
(2) Gemma, l. c., pag. 12-14 e 30.
(3) V. sopra, vol. I, cap. II.
(4) L. c., pag. 17, 18.

riuscirei a spiegare tale differenza nell'efficacia d'una medesima dottrina su due parti della scienza giuridica, se in queste due parti riconoscessi identità di natura e di sostanza » (1).

Comunque sia di ciò egli insiste con maggior ragione (2) sulla insufficienza di poche formule ed idee generali, a tener dietro nei rapporti di diritto internazionale privato alla complessità dei fatti giuridici ed alle esigenze multiformi della vita. Così una regola sola non poteva bastare al regolamento internazionale delle obbligazioni, e s'è dovuto intraprendere un lavoro di analisi, distinguendo le obbligazioni cónvenzionali da quelle legali, suddividendo ancora queste ultime secondo che derivino da un fatto lecito od illecito, e, tra gli stessi quasi contratti, separando la gestione d'affari dal pagamento dell'indebito.

E così fu (3) « dello stesso principio, pur tanto geniale e fecondo di verace progresso sostenuto dalla scuola italiana », quello cioè della nazionalità dello statuto personale. « Anche ad esso alcuni rapporti sgusciano fuori, pure in quelle contingenze che non vengono espressamente escluse dalla regola, come nel caso di fallimento in cui dagli stessi scrittori italiani viene ammessa la competenza della legge del domicilio del fallito e non già quella della sua legge nazionale ». « S'incomincia insomma ad accorgersi, conclude egli, che sarebbe un comperar troppo cara la semplicità di un principio, pagandola col sacrificio della sicurezza nelle applicazioni sue; epperò sorgono forti ragioni che inducono a vedere di completare questi sistemi generali con altre ricerche più particolari e più connesse coi rami speciali del diritto privato ». Quanto al regolamento internazionale dello stato e della capacità della persona, il Gemma non condanna dunque il principio della scuola italiana, nel senso in cui tutti lo intendono e lo applicano, di impèro cioè della legge dello Stato cui la persona della quale si tratta appartiene per vincolo di cittadinanza, ma lo vuol

(1) Fra i due ordini di rapporti, il Gemma trova un altro argomento di distinzione in ciò: che i rapporti di diritto pubblico fra gli Stati vengono interpretati direttamente dagli Stati stessi, mentre le questioni cui dà origine il diritto privato anche internazionale, sono discusse e risolute dalle magistrature interne. Ma è sempre lo Stato che agisce, mediante l'organo politico ed amministrativo, o mediante quello giudiziario; e questo agisce sempre o applicando la volontà del legislatore, cioè dello Stato, o sostituendosi a questo nel caso del suo silenzio. Cfr. sopra, § 201, pag. 137-139.

(2) L. c., pag. 24, 25.

(3) L. c., pag. 25, 26.

completare analiticamente coll'indagine di quei casi e di quei rapporti, nei quali le ragioni del diritto internazionale, cioè la sicurezza dei rapporti, e la indicazione della sede della loro origine, inducano a far prevalere una legge diversa.

254. — Il Cimbali, che pure non approva la denominazione « diritto internazionale privato », secondo il di lui avviso più adatta ad indicare il « diritto patrimoniale degli Stati » (1), tratta di proposito dello stato e della capacità personale e della legge competente a regolarli, nell'altro suo lavoro relativo al matrimonio dello straniero (2).

Come principio generale egli ammette l'impero della legge nazionale nel governare la capacità. Ma nel definire le eccezioni a tale principio in favore della legge territoriale, della legge cioè di quel paese, diverso da quello di origine, dove la persona di cui si tratta trovasi od agisce, egli si allontana non poco dalle conclusioni prevalenti nella scuola italiana.

Quando lo straniero sia capace secondo la propria legge nazionale, il Cimbali riconosce l'impero di questa. Ma giustamente ricorda (3) che « questa legge può ammettere capacità le quali, riconosciute negli Stati dove la legge non le ammette, vi costituirebbero una lesione dei diritti di sovranità », e riconosce che « in questi speciali casi non può esservi dubbio che la legge che debba dominare sia quella territoriale ». Lo straniero capace secondo la propria legge nazionale, potrà dunque considerarsi incapace in altro territorio, quando la sua capacità in sè, o in relazione con atti determinati, sia ritenuta in antinomia con qualche regola fondamentale interessante l'ordine pubblico od il diritto pubblico dello Stato forestiero dove volesse farsi valere ed esplicarsi. Sicchè lo straniero capace, secondo la propria legge nazionale, di contrarre un matrimonio poligamo, ne sarebbe incapace in Italia ed in qualunque altro Stato le cui leggi tengano la poligamia in conto di un rapporto illecito (4); e due individui capaci di unirsi in matrimonio secondo la loro legge nazionale, non potrebbero esplicare quella loro capacità se, essendo stretti da un vincolo famigliare, la legge del paese dove volessero contrarre matrimonio considerasse, per effetto di quel vincolo preesistente, la loro

(1) Cimbali, *Di una nuova denominazione del cosidetto diritto internazionale privato*, pag. 37, 38.
(2) Cimbali, *Il matrimonio dello straniero*, vol. I. Roma, Bocca, 1897.
(3) L. c., pag. 49, 50.
(4) L. c., pag. 63.

unione come incestuosa (1); e finalmente il matrimonio di una persona straniera con altra persona colla quale sia stata prima in rapporto di adulterio, sarà o non sarà ammesso come lecito in uno Stato secondo che in tale Stato la legge non faccia, o faccia derivare per tale matrimonio dall'antecedente adulterio delle parti un impedimento assoluto, oppure relativo e rimovibile mediante dispensa del capo dello Stato (2).

La capacità è dunque, secondo il Cimbali, governata dalla legge nazionale della persona, ma deve risultare subordinata all'incapacità determinata dalla legge del paese straniero dove quella persona voglia agire, ogniqualvolta tale incapacità sia sancita dalla legge territoriale in modo assoluto, e col fine di tutelare qualche principio di diritto pubblico o di moralità ritenuto dal legislatore essenziale alla esistenza di una società civile. In questo senso può dirsi col Cimbali che (3) non esprimano un concetto esatto gli scrittori i quali dichiarano che in fatto di capacità lo straniero sia sempre soggetto alla sua legge personale; perchè tale capacità in tanto può essergli riconosciuta in quanto essa non sia una violazione dei diritti di sovranità dei singoli Stati nel territorio dei quali debba esercitarsi. Il risultato è in tal caso identico a quello cui arrivano gli altri scrittori della scuola italiana; ma la regola è formulata diversamente da quella che è stata data da alcuni di loro, facendo entrare come elemento della medesima regola quel fattore territoriale cui secondo altri si ricorre come eccezione (4), e seguendo il Fusinato ed altri (5), che vorrebbero invertire i due elementi e prendere le mosse, anzichè da quello personale, da quello territoriale.

In tutto ciò non può dirsi che, quanto al risultato giuridico e pratico della regola, il Cimbali faccia parte da se stesso: la capacità determinata dalla legge nazionale della persona; gli effetti di questa legge non riconosciuti negli altri Stati ogniqualvolta il riconoscerli sia incompatibile col rispettivo diritto pubblico od ordine pubblico; sono elementi di giudizio che il Cimbali ha comuni con tutta la scuola italiana.

Ma dove il Cimbali si allontana dalle opinioni comunemente

(1) L. c., pag. 70.
(2) L. c., pag. 134-137.
(3) L. c., pag. 138.
(4) V. sopra, pag. 227, 228.
(5) Fusinato, l. c., pag. 92.

seguite, è nel determinare l'effetto estraterritoriale delle incapacità sancite dalla legge del paese cui appartiene la persona (1) della cui capacità si tratta. « Se, dice egli, non è esatto e giusto affermare e disporre che lo straniero capace, secondo le patrie leggi, debba esserlo sempre in qualunque territorio soggiorni, sarebbe invece un gravissimo ed inescusabile arbitrio affermare e disporre che esso debba essere dichiarato capace tutte le volte che per le stesse sue leggi patrie sia incapace ».

Mentre dunque chi è capace secondo le patrie leggi, può essere considerato ciononostante incapace nel territorio di un altro Stato per effetto di divieti legislativi assoluti che vi siano in vigore; chi è incapace secondo la propria legge nazionale, deve restare incapace dovunque, senza che i precetti imperativi di una legge vigente in altri territorii, dov'egli eventualmente voglia agire, abbiano mai la virtù di mutarlo in capace. « Se vi ha punto del diritto internazionale, continua il Cimbali, in cui deve ammettersi come regola assoluta ed inviolabile che le leggi di uno Stato hanno sempre forza ed autorità estraterritoriale, e seguono i proprii cittadini in qualunque luogo abitato del mondo, esso è appunto quello che riguarda l'incapacità dello straniero ».

Il sistema del Cimbali, quanto al regolamento internazionale dello statuto personale, potrebbe dunque riassumersi così: la legge personale, in quanto conferisce una capacità, è estraterritoriale nei suoi effetti finchè lo consenta il diritto pubblico vigente negli altri territorii dove tale capacità voglia esplicarsi; la legge personale, in quanto sancisce una incapacità, è assolutamente ed universalmente estraterritoriale nei suoi effetti in qualunque altro territorio e senza veruna eccezione.

Pare al Cimbali che uno Stato, considerando nel proprio territorio come incapace di certi atti uno straniero, che pur sia capace a compiere validamente gli stessi atti secondo la propria legge nazionale, tuteli, facendo prevalere la incapacità risultante dalla propria legge sulla capacità risultante dalla legge nazionale della persona che agisce, i buoni costumi, la morale e la propria sicurezza interna, nè violi, non applicando la legge straniera dalla quale risulterebbe la capacità, i diritti di sovranità dello Stato cui lo straniero appartiene. Se invece uno Stato, facendo prevalere le disposizioni delle proprie leggi, secondo

(1) Cimbali, l. c., pag. 139, 140.

le quali un individuo sarebbe capace a compiere certi atti, applicasse tali disposizioni anche ad uno straniero che, secondo le leggi del proprio Stato, sarebbe incapace a compiere quegli atti medesimi, il Cimbali crede che il primo Stato violerebbe, così facendo, i diritti di sovranità dell'altro Stato da cui lo straniero per origine dipende (1). Ad uno straniero capace si può, per motivi di ordine pubblico, vietare nel territorio l'esplicazione della sua capacità, per evitare che si compia nel territorio stesso un atto positivo contrario alle leggi fondamentali dello Stato. Ma queste leggi fondamentali dello Stato non possono risultare offese dal riconoscimento, concesso nel territorio, ad una legge straniera che dichiari una persona pure straniera incapace, per quanto quella legge straniera sia in antinomia colla legge territoriale secondo la quale la stessa persona sarebbe capace. E ciò perchè in tal caso, riconoscendo ed applicando la legge straniera, non si permette, come nel primo caso, il compiersi di un atto positivo contrario alle leggi fondamentali dello Stato, ma si impedisce che nel territorio di questo un fatto positivo, che pur non vi sarebbe illecito, si compia.

Dalla premessa di tali regole, il Cimbali deduce logicamente le più estreme conseguenze in relazione ad ogni maniera di incapacità. Coloro cui la legge nazionale vieta di contrarre matrimonio con persone di diversa religione, saranno dunque seguìti da tale incapacità in ogni altro paese (2). Se la legge nazionale fa derivare una speciale incapacità matrimoniale dalla diversità di classe, tale incapacità dovrà pur seguire il suddito che ne è colpito, in qualunque altro territorio; misconoscere tale incapacità nei sudditi di quello Stato sarebbe violare il diritto esclusivamente sovrano che competeva a quello Stato di sancirla (3). Nè in un paese dove la legge ignori ogni disparità di diritti derivante dalla razza, potrebbe ammettersi uno straniero a sposare persona di razza diversa, quando la legge del paese cui quello straniero appartiene vietasse un tale matrimonio; « neanche in questo caso, dice il Cimbali, il famoso argomento dell'ordine pubblico ha forza di scuoterci nella viva e ferma convinzione che l'incapacità personale segue lo straniero dappertutto e deve essere riconosciuta anche dagli Stati dove sia ignorata » (4).

(1) Cimbali, l. c., pag. 140, 152 e 156.
(2) L. c., pag. 165, 169.
(3) L. c., pag. 208-210.
(4) L. c., pag. 212-214.

Qui però l'autore cade in una contraddizione che dimostra il carattere eccessivo della soluzione da lui preferita. « L'ordine pubblico, egli dice, sarebbe turbato in uno Stato, quando le incapacità sancite da una legge straniera si volessero imporre nello stesso territorio di quello Stato ai suoi cittadini; ma è gravissimo errore il voler vedere un grande attentato, nel doveroso riconoscimento delle incapacità di cui sia colpito lo straniero ». Poi soggiunge che se si vietasse in un paese il matrimonio fra due stranieri i quali fossero incapaci, secondo la loro legge nazionale, per effetto della diversità della razza rispettiva, od anche fra un suddito di colorito ordinario, ed una straniera di colore e per effetto del colore incapace secondo la sua legge nazionale a contrarre quel matrimonio, non potrebbe dirsi che l'ordine pubblico ne restasse colpito. Laddove invece può sostenersi che resti colpito, almeno nel secondo dei due casi accennati, in quello cioè nel quale si vieterebbe in un paese che ignora e condanna le disparità giuridiche derivanti dalla razza, ad un suddito il matrimonio, appunto per un divieto ispirato dalla diversità di razza e sancita da una legge straniera nei riguardi del suddito di questa legge straniera che con quello volesse contrarre matrimonio.

Ma il Cimbali, nella logica applicazione della regola preferita, procede anche più innanzi ed arriva fino al riconoscimento delle incapacità derivanti dalla schiavitù. « Nemmeno in considerazione del rispetto dovuto ai diritti naturali dell'uomo, può giustificarsi il disconoscimento della incapacità dello straniero..... noi abbiamo l'intimo convincimento che anche l'incapacità dello straniero fondata sulla schiavitù deve riconoscersi (1); se la legge territoriale rendesse capace una persona che secondo il suo statuto nazionale è incapace, sostituirebbe la sua autorità a quella dello Stato da cui la persona dipende; ciò che costituirebbe sempre una violazione degli altrui diritti di sovranità ».

In tal caso la incapacità dello schiavo sarebbe davvero senza rimedio. Il Cimbali afferma (2) ch'egli potrebbe « acquistare la capacità che la patria gli nega, acquistando una nuova patria ». Ma date le di lui premesse, non parmi possa ammettersi una tale conseguenza. La legge d'origine negando all'individuo in questione i diritti dell'uomo libero, gli nega evidentemente anche la facoltà d'eleggere una

(1) L. c., pag. 214-220.
(2) L. c., pag. 219, 220.

nuova patria, e perfino d'avere una patria nel senso giuridico della parola. E se l'incapacità derivante dalla legge d'origine deve produrre effetti così universali ed assoluti, non si saprebbe comprendere perchè tali effetti debbano ammettersi per impedire a quello schiavo straniero di contrarre matrimonio, e non ammettersi più per impedirgli di sottrarsi con un atto della propria libera volontà e quindi con una affermazione di piena capacità giuridica, alla sudditanza del paese d'origine.

Tali conseguenze, che il Cimbali è costretto ad ammettere, sono la più eloquente condanna delle di lui premesse. Le quali derivano alla loro volta da un concetto non completamente esatto delle esigenze del diritto pubblico e dell'ordine pubblico e della loro attitudine ad impedire in un territorio gli effetti di una legge straniera. Il fare una distinzione assoluta fra la legge straniera che sancisce una capacità e quella straniera che sancisce una incapacità, ammettendo che per esigenze di ordine pubblico si vieti nel territorio efficacia alla prima, e negando che per le stesse esigenze si vieti mai efficacia alla seconda, è un arrestarsi al lato estrinseco e superficiale delle cose.

Le disposizioni della legge straniera relative alla capacità, sia che la ammettano, sia che la neghino, devono considerarsi infatti come equipollenti in ciò: che, tanto nell'un caso quanto nell'altro, creano un fatto il quale può offendere certe norme fondamentali della convivenza civile nel territorio dove vogliasi farlo valere. Nel caso della capacità, un fatto positivo dell'individuo straniero che sarebbe ammesso a fare qualche cosa nel territorio; nel caso dell'incapacità, un fatto negativo del legislatore straniero che sarebbe ammesso ad impedire che qualche fatto si verifichi nel territorio. Se l'ordine pubblico di questo territorio può essere turbato dall'atto che vi voglia compiere uno straniero capace secondo la propria legge nazionale, ma particolarmente incapace secondo la legge del paese dove voglia agire, lo stesso ordine pubblico può essere pur turbato dal divieto che vi voglia esercitare il legislatore straniero, impedendovi atti che secondo la legge territoriale sarebbero perfettamente legittimi ed impedendoli per ragioni di morale e d'ordine pubblico che il legislatore territoriale o ignora o non riconosce e riprova.

A quella stessa guisa che, nelle dottrine antiche di diritto privato internazionale, errava chi faceva derivare il carattere personale o reale dello statuto dall'essere la persona o la cosa il soggetto grammaticale dello statuto stesso, a quella stessa guisa errerebbe oggi chi affermasse

che una capacità ammessa da una legge straniera possa, ed una incapacità imposta dalla legge straniera non possa mai offendere il diritto pubblico o l'ordine pubblico di uno Stato. Tanto dall'una quanto dall'altra infatti deriva un fatto concreto che si compie nel territorio: nel primo l'atto che lo straniero vuol compiervi per effetto della capacità sancita dalla sua legge personale; nel secondo il divieto che vuol farvi valere il legislatore straniero impedendovi, per effetto di considerazioni politiche o morali che gli son peculiari, la libera esplicazione di una capacità.

Delle une come delle altre leggi è evidente la equipollenza tanto nei riguardi della loro attitudine normale ad accompagnare il suddito in ogni altro territorio come elemento di definizione concreta della personalità di lui, quanto nei riguardi degli ostacoli eccezionali a farsi valere fuori del territorio del legislatore, che possono incontrare nell'ordine pubblico e nel diritto pubblico territoriale degli altri Stati. E ciò indipendentemente dagli effetti che quelle leggi possano avere quanto agli atti, che per conseguenza della loro applicazione, possano essere eventualmente impediti ai sudditi stessi degli altri Stati nel cui territorio vogliasi farle valere.

255. — I limiti dell'impero dello statuto reale sulle cose, erano stati ben definiti dai giuristi della scuola italiana, coll'intento di attribuire alla legge della situazione tutta quella autorità che razionalmente le spetta, senza troppo privare d'altronde la legge della persona o quella degli atti giuridici dell'influenza che loro compete. Lo stesso concetto già professato dal Fiore fino dal 1865 (1), è mantenuto da lui nell'ultima edizione del suo *Trattato di diritto internazionale privato* (2), laddove insegna che « per decidere se una data legge possa o non possa avere autorità territoriale o estraterritoriale, quanto al regolare i diritti sulle cose, non basta ricercare se l'oggetto principale ed immediato della disposizione sia la persona o la cosa, ma bisogna invece studiare la natura della legge, investigare cioè se essa, nel regolare la proprietà, sia ordinata a tutelare un interesse pubblico ed il diritto sociale, o un interesse ed un diritto privato ».

Tale essendo il criterio informatore della territorialità delle leggi relative alle cose, non può farsi eccezione a tale territorialità nemmeno nei riguardi delle cose mobili, ogniqualvolta il diritto sociale

(1) *Nuovo diritto internazionale*, 1ª ediz. Milano 1865, pag. 135, 136.
(2) 3ª ediz. citata, vol. I, §§ 90 e 91, pag. 114-120.

sia in causa (1). Il Fusinato da ciò trae argomento di critica. Egli ritiene (2) che la distinzione fra leggi dette personali nel senso che seguono la persona dovunque, e leggi dette reali perchè, per loro natura deve esserne limitata l'applicazione al solo territorio dove sono in vigore, sia profondamente vera e debba formare la base di ogni sistema di diritto internazionale privato. Egli approva la dottrina più recente in quanto ha allargato la efficacia estraterritoriale delle leggi personali e ristretta quella territoriale delle leggi reali. Ma non approva però la scuola italiana in quanto ha l'apparenza di non ammettere rapporti che, *per loro naturale competenza*, debbano rimaner soggetti alla legge del luogo della situazione delle cose. Ed egli critica la scuola italiana perchè sembra desumere la territorialità delle leggi esclusivamente da un altro criterio, quello cioè della tutela dell'interesse pubblico o del diritto sociale, e quindi da un criterio, non intimo ed insito nel rapporto giuridico, ma estrinseco, cioè connesso colle disposizioni di legge che lo Stato, nel territorio del quale le cose son situate, abbia sancite coll'intento di tutelare il diritto pubblico o l'ordine pubblico nel proprio territorio (3).

Tale peculiarità dipende in gran parte da ciò: che, secondo la dottrina del Savigny, come ho notato (4), il prevalere della legge territoriale poteva risultare talora da una presunta preferenza della persona stessa che entrava in rapporto con una cosa determinata, mentre nella dottrina italiana, non ammettendosi più l'assoggettamento volontario della persona alla legge personale del domicilio, non v'era più luogo nemmeno per la presunzione di un domicilio occasionale scelto nel luogo della situazione della cosa (5); ed allora, non volendo ricadere nell'antico concetto dello statuto reale, pareva non restasse se non che a giustificare e delimitare la territorialità della legge, anche nei riguardi delle cose, colla considerazione dell'ordine pubblico e del diritto pubblico dello Stato dove le cose son situate. Pur la illazione non era giusta, perchè se era possibile che la dottrina formulasse uniformemente l'indicazione di quei rapporti relativi alle cose rispetto ai quali debba imperare la legge della situa-

(1) V. sopra, § 232, pag. 189-194, e Lomonaco, *Leggi personali e leggi territoriali; Studii di diritto internazionale privato* (estratto dal *Filangieri*, marzo 1885, pag. 10).
(2) Fusinato, l. c., pag. 23.
(3) Fusinato, l. c., pag. 23-26 e 95.
(4) V. sopra, § 224, pag. 178, 179, e § 232, pag. 189, 190.
(5) Savigny, § 366, in principio.

zione, se in armonia con quella indicazione poteva svilupparsi nelle leggi di più Stati un minimo uniforme di territorialità, reciprocamente riconosciuto così attivamente come passivamente dalle sovranità rispettive; era evidente che il fondamento di tale territorialità doveva trovarsi in un concetto concreto di competenza legislativa nel senso inteso dal Savigny, piuttostochè in un semplice criterio eccezionale e relativo di ordine pubblico e di diritto pubblico. Infatti rispetto a questi criterii, può osservarsi esser certo che, nella condizione attuale degli Stati e della loro convivenza, le norme sancite da uno Stato per la tutela del suo ordine pubblico, e la stessa concezione di tale ordine pubblico, non corrispondono sempre a quelle degli altri Stati, ma anzi stanno sovente con quelle in antinomia, laddove invece, circa il concetto e i limiti della territorialità delle leggi in quanto si riferisce alle cose, v'è pur una certa uniformità di regole così nella dottrina come nel diritto positivo.

Nella critica del Fusinato va d'accordo il Diena, il quale giustamente nota come, anche secondo i principii della scuola italiana, il magistrato, nel pronunciarsi per l'applicabilità della legge territoriale, non possa prescindere dal rendersi conto, indipendentemente dall'ordine pubblico, della vera natura del rapporto giuridico di cui si tratta. « Infatti, dice egli, per determinare se all'applicabilità di una legge straniera possa esistere nello Stato alcun ostacolo d'ordine pubblico, non basta sempre ricorrere alle espresse disposizioni esistenti nella legge territoriale, o alle presunte intenzioni del legislatore, ma conviene talvolta anche tener conto dei principii generali del diritto, desunti dall'intima natura del rapporto sul quale si deve giudicare ».

Anche partendo dunque dal principio della tutela dell'ordine pubblico, il criterio specifico della territorialità della legge può essere dedotto talora esclusivamente dall'intima natura del rapporto giuridico, considerato come elemento complementare della non espressa volontà del legislatore. Ma il Diena soggiunge, ed anche qui a ragione, che, rispetto ai diritti reali, l'efficacia della legge della situazione non deve considerarsi come una eccezione dipendente dagli interessi dello Stato dov'è situata la cosa, ma come una regola derivante in via normale dalla natura del diritto. E sotto questo punto di vista, egli accusa di deficienza la scuola italiana. Trattasi dunque in realtà di ricostruire su base razionale lo statuto reale (1). Ed a ciò tende lo studio

(1) V. vol. III, 1ª ediz. di questa opera, cap. X, *Cose*, pag. 448 e seguenti.

del Diena sui *diritti reali* che è un contributo assai pregevole a quell'opera di complemento e correzione dei risultati della scuola italiana cui attendono i più recenti scrittori di diritto internazionale del nostro paese (1). Ed egli vi arriva applicando, anche in questa parte delle ricerche, l'indirizzo del Savigny e sviluppando il principio contenuto in questa formula (2): « I diritti reali, tanto sugli immobili quanto sui mobili, sono regolati dalla legge della situazione; tuttavia possono essere regolati dalla legge personale delle parti, per tutto ciò che riguardi più l'interesse e il diritto privato che l'interesse e il diritto generale dello Stato nel cui territorio i beni si trovano ». Come per le persone è regola normale di diritto internazionale privato la legge nazionale, ed eccezionalmente in certi casi per necessità di ordine pubblico si vieta, in un territorio diverso da quello dello Stato cui la persona appartiene, l'esplicarsi di quella legge e vi si fa prevalere quella territoriale, così è naturale affermare che le cose, considerate come oggetto di un diritto reale, vanno regolate normalmente dalla legge della situazione, ed eccezionalmente dalla legge personale.

La territorialità nei riguardi delle cose non è dunque considerata come una eccezione, alla stessa guisa di quanto avviene nei riguardi delle persone, ma bensì come la regola, alla quale a quando a quando fa contrasto l'eccezione della personalità. Perciò nello studio dei diritti reali il Diena non cessa di tener conto dell'elemento personale; e studiando in tal guisa i singoli diritti reali, egli arriva a conclusioni pratiche, talora diverse da quelle adottate da coloro che considerano soltanto come una eccezione l'elemento territoriale nei riguardi delle cose.

Allo stesso modo di considerare le cose nei rapporti di diritto internazionale privato, accennava il Contuzzi nel commentare il principio accolto dall'articolo 7 del Titolo preliminare del nostro Codice (3); e da analogo concetto era ispirato il Gabba allorchè, nella critica che ho già citata al Titolo preliminare del Codice italiano, deplorava che

(1) Diena, *I diritti reali considerati nel diritto internazionale privato*. Torino, Unione Tip.-Editrice, 1895, pag. 1, 2, 42-50.

(2) L. c., pag. 49.

(3) Contuzzi, *Manuale di diritto internazionale privato*. Milano, Hoepli, 1890, cap. V, pag. 146, 147: " Noi avremmo desiderato che il legislatore italiano, invece di fare la distinzione di beni mobili ed immobili e di sottoporre, senza veruna distinzione, i primi alla legge nazionale ed i secondi alla legge territoriale, avesse dovuto distinguere le leggi che regolano le cose

in quanto ai mobili il legislatore avesse esitato ad abbandonare la dottrina antiquata della loro personalità, ed in quanto agli immobili non avesse sottoposto concretamente e con maggior precisione alla legge della situazione le « questioni di diritto reale che li concernono » (1).

256. — Lo sviluppo degli studii della scuola italiana tendeva dunque, sulla traccia d'alcuni fra gli iniziatori della scuola stessa (2), a ricostruire una formula più precisa e completa dello statuto reale. Si riconosceva che il solo concetto dell' interesse sociale non è una sufficiente origine e giustificazione della territorialità delle leggi, e che questa può derivare, nel regolamento delle cose considerate in se stesse, da un criterio non già eccezionale di interesse pubblico, ma normale di competenza legislativa, e soltanto per gli altri rapporti relativi a cose od a persone da un motivo eccezionale di interesse sociale.

Nei riguardi delle cose e dei diritti reali in sè considerati, l'impero della legge territoriale è giustificato pertanto non già dal concetto dell'ordine pubblico rispettivamente peculiare ai singoli Stati e mutabile, ma bensì dalla competenza della legge della situazione, uniformemente determinabile da tutti gli Stati, e per gli stessi motivi da tutti riconosciuta.

Il concetto relativo, contingente e mutabile, dell'interesse sociale, si riconosceva invece come vero elemento di eccezione destinato a far prevalere in casi determinati, nel regolamento internazionale di ciascun rapporto giuridico, la legge del giudice alla legge straniera cui, secondo le regole normali della competenza legislativa, quel rapporto avrebbe dovuto essere soggetto. Tale eccezionale applicazione della legge territoriale ai varii rapporti giuridici, e non la normale (per quanto ora tanto più ristretta d'un tempo) sfera d'azione dello statuto reale, si collega col concetto dell'ordine pubblico e trae da quello la propria giustificazione. E tale concetto si tenta da molti dei più recenti giuristi italiani, di comprendere e formulare con maggior pre-

in loro stesse, astrazione fatta dalle relazioni verso il proprietario delle medesime, dalle leggi che regolano le relazioni degli uomini sulle cose. Con questo sistema..... si sarebbe avuta una distinzione più semplice e più scevra di eccezioni, poichè alla prima categoria il Codice avrebbe ascritto quelle leggi che definiscono la natura giuridica dei beni e tutte le altre che mirano alla tutela degli interessi territoriali della nazione „.

(1) Gabba, l. c., pag. 7 e 8.

(2) V. sopra, § 228, pag. 182-185, 255.

cisione. Nel quale assunto dobbiamo seguirli per ben giudicare questa opera di ricostruzione dottrinale e a quando a quando dimostrarne la insufficienza.

L'ordine pubblico è, nel diritto positivo, un concetto del tutto mutabile ed arbitrario. Una disposizione di legge d'uno Stato non può estendere la sua efficacia nel territorio d'un altro Stato, quando quest'ultimo non voglia tollerarne l'applicazione, sia che esplicitamente la vieti, sia che abbia, proclamando come fondamentali certi sommi principii di diritto, o condannando altri principii in modo assoluto, implicitamente vietata nel territorio l'applicazione di qualunque legge straniera che con quei suoi principii fondamentali sia in assoluto contrasto. In tal caso la legge straniera non può far sentire la efficacia propria in un territorio perchè il sovrano di questo territorio lo vieta, indipendentemente da qualunque suffragio che dalla ragione possa o non possa derivare a tale divieto.

Nell'ordine dottrinale invece, l'eccezione di ordine pubblico può formularsi con maggior presidio di ragioni e con maggiore uniformità. Si può cioè determinare uniformemente quali regole e quali istituti debbano ritenersi tali da interessare, sia che uno Stato li accolga, sia che li condanni, l'organismo e l'entità stessa dello Stato, così da poter questo giustamente escludere dal proprio territorio la efficacia di quelle norme di una legge straniera che siano contrarie a quei principii fondamentali.

Anche nell'ordine dottrinale però la definizione concreta dell'eccezione di ordine pubblico non può essere assolutamente uniforme, ma nella stessa epoca deve variare quando si passi dalla considerazione dei rapporti di diritto internazionale privato fra Stati della medesima civiltà, a considerare quelli fra Stati di civiltà molto diverse; e di epoca in epoca lo stesso criterio deve variare secondo che vien modificandosi sia il concetto dello Stato, della sua missione e dei suoi diritti, sia l'importanza attribuita, in rapporto collo sviluppo e le aspirazioni della società civile, a certe tendenze, a certe regole ed a certi istituti.

Tutto ciò non deve trascurarsi nell'accennare all'ordine pubblico; sopratutto per non dimenticare che se le definizioni datene fino ad ora da giuristi e da legislatori, sono a buon diritto giudicate insufficienti, la deficienza ne dipende non tanto da difetto intellettuale di chi le formulava, ma dall'impossibilità di dare una definizione assoluta e sempre ed universalmente applicabile, d'un concetto pur

sempre relativo e mutevole, e rispetto al quale pertanto « a risponder la materia è sorda ».

Dopo aver notato tutto ciò, facilmente si comprende come una certa unanimità si riscontri fra i giuristi italiani contemporanei, sia nel trovare insufficienti le definizioni dell'ordine pubblico date prima di loro e rispetto alle quali non avea raggiunta una precisione completa nemmeno il Savigny (1), sia nel criticare la disposizione a ciò relativa del Codice civile del Regno. Il Brusa (2) critica la riserva fatta esplicitamente del diritto pubblico e dell'ordine pubblico, ritenendo che la territorialità dipendente da queste ragioni debba ritenersi implicita nella posizione della questione fondamentale del diritto internazionale privato. Il formularla esplicitamente può dare, a di lui avviso, al giudice un falso concetto del diritto privato che è suo còmpito di applicare. Ma tale critica, a ben guardare, è giusta soltanto quando sia indirizzata a giuristi od a legislatori che abbiano formulato troppo vagamente l'eccezione di ordine pubblico. Tale eccezione è del resto ritenuta dal Brusa così necessaria che non faccia nemmeno d'uopo di enunciarla. Ma lasciandone in tutto al giudice, com'egli pur preferirebbe, la iniziativa delle applicazioni concrete, si porterebbe al massimo grado quel pericolo appunto che al Brusa sopratutto importa di evitare, quello cioè che « il giudice abbia un falso concetto del diritto privato che deve applicare ». E del resto si può ammettere un sistema di diritto internazionale privato abbandonato in tutto alle iniziative spontanee della giurisprudenza, ma non si potrebbe comprendere un sistema formulato a parte a parte dalla dottrina o dalla legge in tutte le regole relative all'estraterritorialità delle leggi, e non formulato poi in quanto riguarda i limiti eccezionali di tale estraterritorialità, nemmeno in quelle proporzioni nelle quali siffatti limiti sono suscettibili di essere definiti.

Il Lomonaco non par che condanni la formula preferita dal nostro legislatore, che già nel suo *Trattato* avea giudicata, « purchè contenuta nei suoi confini naturali, di una giustizia incontestabile » (3). Egli ha continuato, anche dopo la pubblicazione di quello studio a professare il principio: che l'applicazione della legge straniera debba vietarsi nel territorio quando l'ossequio al diritto straniero si convertirebbe effettivamente in dispregio del diritto territoriale; e riba-

(1) V. sopra, § 228, pag. 182-185, e Savigny, § 349.
(2) Casanova-Brusa, op. cit., vol. II, pag. 363-365.
(3) V. sopra, § 228, pag. 183, n^a 1^a.

diva più tardi con molta vivacità il medesimo concetto a proposito del divorzio (1).

Il Milone (2) segue in ciò sostanzialmente la dottrina del Savigny, accompagnando le regole da lui formulate di diritto internazionale privato colla doppia avvertenza: che l'esame della sede del rapporto giuridico e le norme che ne derivano, valgono per i casi nei quali le leggi dello Stato cui il giudice appartiene non contengano disposizioni espresse circa il diritto da applicare; e che le stesse regole soggiacciono ad eccezione quando trattisi di rapporti cadenti nel dominio di leggi rigorosamente obbligatorie, ovvero quando trattisi di istituzioni che, per ragioni politiche o sociali o comechessia d'ordine pubblico, non siano conosciute, nè ammesse nello Stato.

Il Contuzzi tenta di dare, del limite d'ordine pubblico (3), una formula che, pure non corrispondendo alla disposizione positiva della legge italiana ch'egli intende di commentare, la corregge alquanto dal punto di vista della dottrina, eliminandone in parte l'incertezza e il pericolo di una applicazione eccessiva che faccia troppo prevalere la legge del giudice su quella straniera. Il legislatore italiano infatti considera come rigorosamente territoriali le leggi proibitive del Regno che concernono le persone, i beni e gli atti, e le leggi riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico ed il buon costume. Il Contuzzi sostiene che (4), astrazione facendo dai vizii di forma, il concetto dell'articolo 12 del Titolo preliminare del nostro Codice è il seguente: « una legge straniera non può avere sul territorio italiano la efficacia di legittimare l'esistenza o il riconoscimento di un fatto giuridico da cui potesse derivare una deroga ad una legge italiana proibitiva e concernente l'ordine pubblico od il buon costume ».

È certo disputabile se si possa ascrivere ad un vizio di forma il testo della disposizione italiana che tratta, come di due categorie del tutto distinte, di leggi proibitive e di leggi riguardanti l'ordine pubblico ed il buon costume. Nè pare pertanto che si possa interpretare tale disposizione mutando quelle due categorie in due caratteristiche

(1) Lomonaco, *Leggi personali e leggi territoriali* (estratto dal *Filangieri*, marzo 1885, pag. 11-16).

(2) L. c., pag. 536, 537.

(3) Contuzzi, *Il Codice civile nei rapporti del diritto internazionale privato*, vol. I, pag. XLVII-XLIX e *Manuale di diritto intern. privato* cit., pag. 151-155.

(4) L. c., pag. XLVIII.

di una categoria sola di leggi. Ma pur debole come interpretazione del diritto positivo, la formula adottata dal Contuzzi corregge in parte quella della legge italiana, nei rispetti della concezione dottrinale. In parte e non in tutto; la eccezione all'efficacia delle leggi straniere vi si fa dipendere soltanto dall'esistenza nel territorio di leggi proibitive concernenti l'ordine pubblico ed il buon costume, mentre l'uno e l'altro inducono talora a ritenere rigorosamente obbligatorie nel territorio anche leggi non proibitive ed istituti giuridici positivamente applicati, come la libertà individuale o l'obbligo degli alimenti in un certo grado di parentela.

Il Diena che distingue, come ho già notato (1), il concetto razionale dello statuto reale dall'eccezione di ordine pubblico, collega quest'ultimo (2) alla tutela delle istituzioni fondamentali dello Stato; riconosce la difficoltà di una buona definizione e la quasi impossibilità di conseguirla, ma pur preferisce una definizione approssimativa ad un silenzio della dottrina e della legge che lascierebbe nei singoli casi la decisione al mutabile arbitrio del giudice. Egli accenna all'opportunità di distinguere le leggi di diritto pubblico che devono in ogni Stato, per la loro stessa natura, essere osservate e rispettate, dalle disposizioni di ordine pubblico che rappresentano un ostacolo all'applicabilità delle leggi straniere, anche nei casi in cui, per la natura del rapporto giuridico da regolarsi, queste ultime dovrebbero essere applicate. Nota da ultimo come ancor più utili la distinzione dell'ordine pubblico interno e di quello internazionale, e la distinzione fra l'applicazione diretta di una norma di legge straniera contraria all'ordine pubblico, e il riconoscimento concesso nel territorio alle conseguenze giuridiche di una disposizione di legge straniera avente lo stesso carattere.

257. — Il Fiore non modifica il concetto generico del limite d'ordine pubblico quale lo aveva formulato nelle prime edizioni del suo trattato (3), ma meglio lo giustifica e sopratutto ne indica meglio le applicazioni. Punto di partenza resta sempre per lui il principio che « l'applicazione delle leggi straniere non possa ammettersi in quanto offenda la conservazione dello Stato e gli interessi generali della comunità politica », sicchè tutto deve ridursi allo studio della natura

(1) V. sopra, § 255, pag. 255, 256.
(2) Op. cit. e *Sui limiti all'applicabilità del diritto straniero;* prolusione. Torino, Bocca, 1898, pag. 4, 5-8.
(3) V. sopra, § 228, pag. 182-185.

stessa della legge, indagando se essa sia ordinata a tutelare un interesse pubblico ed il diritto sociale (1).

Ma egli ben si avvede che, « chiarita la regola, non può dirsi d'averne chiarita l'applicazione, poichè quando si vuol di fatto decidere se una data legge appartenga o non appartenga alla categoria di quelle che tutelano il diritto sociale e l'ordine pubblico dello Stato, riesce malagevole eliminare ogni dubbio. E nella materia delle nostre ricerche la difficoltà diventa più grave, perchè, oltre a decidere se una data legge debba classificarsi nell'una o nell'altra categoria, bisogna poi determinare se dall'applicazione della legge straniera nel territorio dello Stato derivi o no oltraggio alla legge territoriale di carattere assoluto » (2).

Come leggi interessanti per diverso titolo ed in diverso grado l'ordine pubblico devono considerarsi, a di lui avviso, non solo le leggi costituzionali, amministrative e criminali, e quelle che si dicono comunemente di polizia e di sicurezza, ma quelle altresì che provvedono alla sicurezza delle persone e delle proprietà, alla custodia del buon costume e quelle generalmente che provvedono all'organizzazione sociale. Carattere distintivo di tali leggi è questo: che essendo ordinate a tutelare certe esigenze sociali, si impongono a tutti in modo assoluto. Ma se è facile indicare tale caratteristica efficienza di quest'ordine di leggi, non è altrettanto facile definire ed enumerare in modo chiaro e completo le leggi di tal fatta, sia per la difficoltà di distinguere nettamente gli interessi sociali da quelli particolari degli associati, sia perchè, come variano secondo i tempi e i luoghi le esigenze sociali che si considerano assolute, così possono variare secondo gli Stati le disposizioni di ordine pubblico (3). Per tutto ciò avviene che, pur essendo facile giustificare il carattere assoluto delle disposizioni legislative interessanti l'ordine pubblico d'uno Stato, sarà poi difficile per ciascuno Stato il determinare quali siano concretamente le leggi territoriali, cui debba riconoscersi ed attribuirsi questo carattere e cui non si possa mai derogare senza attentare alla vita stessa giuridica dello Stato ed al diritto sociale. Poichè a ciò fare è

(1) Fiore, *Diritto int. privato*, 3ª ediz., vol. I, pag. 63, e Fiore, *Diritto civile*, Disposizioni generali, vol. I, sez. II, parte I, § 2, pag. 451; vol. II, pag. 8-11, § 490-492.

(2) Fiore, *Diritto intern. priv.*, ediz. cit., vol. I, pag. 63, e Fiore, *Diritto civile*, vol. II, pag. 11 e 12, § 493.

(3) Fiore, *Dir. intern. privato*, ediz. cit., vol. cit., pag. 63, 64, 65.

necessario uno studio della legislazione di ciascuno Stato e delle somme esigenze della rispettiva sua vita giuridica e sociale.

A fare tale distinzione, dalla quale poi dipende tutto il pratico e concreto valore della eccezione d'ordine pubblico, il Fiore crede si possa giungere coi seguenti criterii (1):

Tutte le leggi si possono distinguere in due categorie: quelle ordinate a creare o ad abolire certi istituti giuridici, e quelle che dànno un migliore assetto e sviluppo ad istituti giuridici già esistenti, e determinano le condizioni giuridiche per l'acquisto, il godimento e l'esercizio dei diritti cui si riferiscono. Quanto alle leggi della prima categoria, l'offesa e la lesione sarebbero evidenti quando in un paese dove è stato abolito un istituto giuridico e tolta così ogni possibilità di rapporto lecito ad esso relativo, si volesse invocare l'autorità di una legge straniera per dar vita all'istituto abolito od a rapporti giuridici che a quello si riferiscano. Le leggi della seconda categoria possono interessare l'ordine pubblico in quanto, per dare miglior assetto a certi istituti giuridici, proibiscano un dato modo di acquistare o di esercitare un diritto. Delle prime sarebbe un esempio la legge che abolisce le servitù personali, o quella che abolisce la manomorta; delle seconde la legge che vieta l'adozione del figlio naturale, o del minore che non abbia raggiunta una certa età.

Queste ultime esercitano, secondo il Fiore, un impero assoluto, ma rispetto a coloro soltanto che devono sottostare al loro comando per quanto concerne l'acquisto dei diritti; sicchè i diritti acquistati altrove contrariamente a quelle leggi, ma conformemente alla propria legge personale degli stranieri, potranno esser fatti valere da questi anche nel territorio dove quelle leggi proibitive imperano. Invece le leggi assolute dell'altra categoria, quelle cioè che aboliscono e vietano un istituto od un rapporto giuridico, esercitano un'autorità assoluta rispetto a qualunque fatto che si voglia o porre in essere o far valere nel territorio dove quelle leggi assolute siano in vigore, semprechè il porlo in essere o il farlo valere implichi il riconoscimento dell'istituzione abolita (2).

Così il Fiore cerca facilitare la pratica applicazione del limite derivante dall'ordine pubblico; con una distinzione analoga cioè a

(1) L. c., pag. 66 e 250-255.

(2) Fiore, *Dir. intern. priv.*, 3ª ediz., vol. I, pag. 66 e 253-255, e *Trattato di dir. civile. Disposizioni generali*, vol. II, pag. 10 e 11, § 492.

quella (1) fra ordine pubblico interno ed internazionale che pur egli respinge. Ed all'offesa dell'ordine pubblico egli assimila pure, come criterio di eccezione all'applicazione delle leggi straniere, anche quella al buon costume, ritenendo cioè che il giudice non possa consentire il compiersi nel territorio di atti o fatti che la legge territoriale vieti come immorali.

La differenza fra la formula proposta dal Fiore e quella proposta dal Mancini e da altri, sta in ciò: che, a giudizio di lui, il divieto di applicazione d'una legge straniera non deve giustificarsi dall'essere la legge straniera in opposizione colla legge territoriale, ma bensì dall'essere il fatto giuridico che in virtù di una legge straniera si vorrebbe porre in essere nel territorio soggetto ad altra sovranità, o dall'essere gli effetti di codesto fatto giuridico già posto in essere all'estero, e che dovrebbe poi spiegare la propria efficacia nel territorio dello Stato, in opposizione col diritto pubblico territoriale, o con le leggi di ordine pubblico ivi vigenti. Differenza questa di maggior momento che a primo aspetto non apparisca, perchè, ad esempio, secondo il concetto del Fiore, il figlio naturale straniero che avesse ricercata la paternità legalmente nel suo paese, potrebbe far valere i diritti di figlio naturale anche in Italia, mentre a stretto rigore di logica tale facoltà gli dovrebbe essere negata secondo il concetto di chi fa dipendere l'eccezione di ordine pubblico dall'antinomia fra le due leggi, anzichè da quella fra la legge territoriale ed il fatto che si vuol produrre nel territorio.

Mi parrebbe piuttosto manchevole nel concetto del Fiore il carattere esclusivamente negativo del limite di ordine pubblico da lui ammesso, mentre non può negarsi che talora un determinato istituto giuridico abbia tale importanza per la esistenza e per l'organismo di uno Stato, da interessare l'ordine pubblico di questo Stato che tutti, cittadini o stranieri, possano approfittarne. Così per esempio la capacità al matrimonio non limitata da differenze di razza o di colore, e l'obbligo della assistenza fino ad un certo grado di parentela; rispetto alle quali facoltà ed obbligazioni può dirsi che l'ordine pubblico di uno Stato non sarebbe meno offeso perchè un figlio straniero potesse negare nel territorio di quello gli alimenti ai proprii genitori, di quello che sarebbe se un coniuge forestiero vi potesse, in onta alla legge vigente, ottenere il divorzio.

(1) Fiore, *Diritto intern. privato*, ediz. cit., vol. I, pag. 250.

Quanto alla formula adottata dal legislatore italiano, il Fiore, senza voler far violenza alle parole del legislatore, vi ravvisa tre elementi distinti di territorialità derivanti dalle leggi proibitive, dal diritto sociale, cioè dalle leggi nelle quali sono principalmente in causa gli interessi della comunità, e dal buon costume. Egli va d'accordo cogli altri giuristi italiani nel considerare la formula dell'articolo 12 del Titolo preliminare vaga ed incerta, e la giustifica attribuendo tale difetto non tanto ad una errata esposizione o concezione del pensiero giuridico, quanto al proposito del legislatore, di lasciare molta ampiezza di facoltà al magistrato, perchè questo potesse eventualmente limitare, di quanto era necessario per la tutela delle nostre leggi fondamentali e del nostro organismo sociale, l'applicazione di quella ardita riforma legislativa che era il Titolo preliminare del Codice e della quale per la novità dell'esempio non era dato ancora prevedere i risultati (1).

Tanto poi applicando la disposizione positiva della legge italiana, quanto nell'eventuale applicazione del concetto dell'ordine pubblico da lui proposto, il Fiore non dimentica mai che trattasi di una formula generica, nell'esplicazione e nell'applicazione della quale è inevitabile che un campo assai vasto di indagine e di prudente arbitrio, rimanga al magistrato. I limiti di ordine pubblico saranno prescritti dal legislatore o dalla dottrina, ma il giudice dovrà in molti casi controversi decidere, in armonia con tutto il carattere della legislazione dello Stato, se trattisi di ordine pubblico o d'ordine privato, e se le conseguenze che possono derivare dall'applicazione della legge straniera possano o no interessare l'ordine pubblico del territorio. Il magistrato dovrà esaminare se le conseguenze legali che si vogliono dedurre mediante l'applicazione di una legge straniera, e se i fatti che si vogliono porre in essere in conseguenza dell'applicazione di detta legge, offendano un principio di ordine pubblico. E per ciò fare il giudice dovrà ripetere rispetto all'applicazione particolare di una data legge straniera, o alla manifestazione di un fatto giuridico nel territorio, le indagini relative all'esistenza di un interesse d'ordine pubblico ed alle necessità della sua tutela. E tale indagine del giudice dovrà essere tanto più paziente e circospetta quando trattisi della tutela del buon costume, limitandola a ciò che esige quella che nella società cui esso appartiene è ritenuta moralità assoluta, e necessaria

(1) Fiore, l. c., pag. 250, § 255.

a salvare la vita morale del popolo e il sentimento morale, così come questo esiste nella coscienza pubblica di quel paese (1).

Tale difficoltà di formulare la regola, e tale necessità ad un tempo di lasciare molta indipendenza al giudice nell'applicarla, dipendono dal carattere della regola stessa che, come tutti i concetti di limiti, ha e deve avere molto di contingente e di mutabile. Quando si dice: « lo stato e la capacità della persona saranno retti dalla legge nazionale », si formula una regola chiara e concreta che, una volta adottata, ciascun giudice d'ogni paese, dovrà applicare agli stessi casi nel medesimo modo. Quando invece si dice: « la legge straniera non sarà applicata, se la sua applicazione importasse offesa all'ordine pubblico del territorio », non si formula se non che un criterio generico. Tale criterio risultando da un rapporto fra due termini non sempre nè dovunque identici e costanti, è necessariamente relativo e mutevole; ed è così strettamente connesso, nella sua pratica attuazione, col modo di essere e di organizzarsi dei singoli Stati, che la sua applicazione specifica non può risultare sovente se non che da una nuova indagine condotta dal magistrato in rapporto con quel particolare modo di essere dello Stato e con quei peculiari suoi concetti ed istituti fondamentali.

258. — Lo stesso giudizio della relatività dell'ordine pubblico e del carattere eccezionale di quel limite all'applicazione delle leggi straniere che all'ordine pubblico si ispira, apparisce anche nelle Lezioni propedeutiche del Gemma, laddove parla dell'influenza che il diritto interno di uno Stato può esercitare in quel medesimo Stato sullo svolgimento dei rapporti internazionali. Il giudice infatti conosce i varii istituti giuridici come il legislatore del suo paese ha voluto che li conosca; e dalla propria legge nazionale attinge il concetto della loro essenza e delle necessità cui debbono andare soggetti per fini morali o politici proprii di quella determinata società. Sicchè in questo senso può dirsi che l'individualità specifica del diritto privato d'un determinato paese, si trasmetta di riflesso anche al diritto internazionale privato di quello stesso territorio; poichè è naturale che la preoccupazione di garantire meglio un interesse di Stato o un interesse privato, debba, agendo sulla mente del legislatore, influire in vario senso sulla definizione di una norma di diritto internazionale (2).

(1) Fiore, *Diritto civile*, vol. II, pag. 11, 12, §§ 493, 494.

(2) Gemma, *Propedeutica al diritto intern. privato*. Bologna, Zanichelli, 1899, lez. II, pag. 54, 55, 56, 57.

Lo stesso concetto della relatività dell'ordine pubblico si manifesta anche nello studio del Laghi, il quale non vuol desumere il carattere assoluto di una legge a tale riguardo dalla specie della legge stessa, o dal suo fine o dal suo contenuto, ma da ciò: che appaia evidentemente essere stato intento del legislatore, nel promulgarla, di disporre non solo per i sudditi, ma anche per gli stranieri (1). Ma siccome tale intento del legislatore non potrebbe essere sempre desunto da una espressa disposizione di legge, sarà pertanto necessario che il giudice sovente ne indaghi per via di presunzioni quella volontà; dal che discende la impossibilità di risolvere il problema « con un solo principio generalissimo, o peggio con una frase, con una formula, con una definizione » (2). « Si dovrà pertanto studiare gli intimi caratteri e attinenze dei varî istituti, di cui si vuol cercare la legge regolatrice, indagando gli scopi finali che dai medesimi può razionalmente proporsi un savio legislatore ».

Così il Laghi crede che si possano distinguere le norme di ordine pubblico internazionale, quelle cioè che il legislatore implicitamente abbia voluto rendere obbligatorie anche per gli stranieri. Questa implicita volontà egli si sforza di discernere nelle leggi di diritto pubblico propriamente detto, in quelle penali e di polizia, in quelle di diritto privato che riguardano l'interesse generale dello Stato, nelle leggi tutrici dei buoni costumi ed in quelle proibitive (3), cercando, in ciascuna di queste specie di leggi, quando apparisca indubbia l'intenzione del legislatore di disporre tanto per gli stranieri quanto per i cittadini. Circa le leggi della prima categoria, cioè quelle di diritto pubblico nel senso costituzionale della parola, è impossibile qualunque equivoco, essendo troppo manifesta la volontà del legislatore e la obbligatorietà di tali leggi per tutti gli abitanti del territorio; e lo stesso deve dirsi delle leggi penali e di quelle di polizia. Fra le leggi di diritto privato ma di interesse pubblico, egli distingue quelle di ordine pubblico interno da quelle di ordine pubblico internazionale, e il carattere distintivo di queste ultime, che sole debbono intendersi obbligatorie per tutti, deduce « dalla relazione di condizionalità che la stessa regola ha colla esistenza e collo sviluppo dello Stato » (4), sia direttamente, sia indirettamente tutelando la libertà individuale,

(1) Laghi, *Il diritto intern. privato*, ecc., vol. cit., pag. 135.
(2) Laghi, l. c., pag. 147 e 163.
(3) L. c., pag. 166.
(4) L. c., pag. 184, 185.

l'ordinamento delle famiglie, i buoni costumi, il diritto dei terzi, l'organamento della proprietà, o l'amministrazione della giustizia civile (1).

Tutto si riduce dunque nel sistema del Laghi, che logicamente si ricollega a quello del Wächter, a cercare, come elemento di presunzione della volontà del legislatore, il criterio di condizionalità delle disposizioni legislative di lui coll'esistenza e collo sviluppo dello Stato, criterio dedotto alla sua volta dal contenuto e dal fine delle singole disposizioni legislative. È una specie di peregrinazione circolare la cui mèta è appunto una di quelle formule da cui il Laghi aveva voluto allontanarsi. Egli, pur proponendosi a criterio della territorialità delle leggi il volere del legislatore (2), deduce poi tale volontà dall'indole della legge, dal suo contenuto e dal suo scopo (3), e tale indole deduce come altri (4) dal rapporto di condizionalità fra la legge e l'organismo dello Stato.

Tali leggi poi egli non considera, a propriamente parlare, come eccezionali, ma tanto le leggi personali quanto quelle territoriali, gli appaiono come due ordini paralleli di leggi, aventi entrambi il carattere e l'indole di vere e proprie regole di diritto internazionale privato, definite e regolate reciprocamente dal loro oggetto e dal loro scopo (5). Il criterio della efficacia negativa di tali leggi è poi completato dalla distinzione delle leggi dirette alla tutela dell'ordine pubblico interno, da quelle dirette alla tutela dell'ordine pubblico internazionale (6), e dall'altra distinzione fra il riconoscimento del fatto giuridico vietato nel territorio che sempre dev'essere negato nel territorio stesso in materia di ordine pubblico internazionale, e il riconoscimento delle conseguenze giuridiche del medesimo fatto compiuto legittimamente fuori del territorio, le quali sovente potranno tollerarsi per non estendere troppo oltre i naturali confini l'efficacia del principio dell'ordine pubblico internazionale (7).

Poichè in tale argomento il giudice deve interpretare la volontà, sovente non espressa, del legislatore, e poichè il criterio per interpretarla è dedotto dal contenuto e dallo scopo delle singole leggi, è

(1) L. c., pag. 185-189, 190-194, 199 e 201-209.
(2) V. sopra, pag. 266, 267.
(3) Laghi, l. c., pag. 217-219.
(4) V. sopra, § 165-167, e pag. 52-54.
(5) L. c., pag. 212.
(6) L. c., pag. 160-163.
(7) L. c., pag. 212-216.

manifesto che il Laghi rientra completamente nella dottrina del Wächter. Anch'egli trova poi criticabile la formula preferita dal nostro legislatore, ed a ragione ritiene che tutte le conciliazioni tentate dimostrino l'ingegno dei giuristi che si sono occupati di tale questione, ma non riescano a mettere d'accordo la scienza e la parola della legge.

Poichè dunque l'articolo 12 deve applicarsi, e sarebbe assurdo tanto l'applicarlo alla lettera annullando la maggior parte dell'opera compiuta dallo stesso legislatore italiano nel titolo preliminare, quanto il limitarne troppo l'applicazione contraddicendo apertamente ai termini del medesimo titolo, il Laghi giudica che la distinzione delle due specie d'ordine pubblico, benchè non espressa in quell'articolo, possa servire di scorta all'interprete per decidere nei casi dubbi, se una legge di ordine pubblico o proibitiva abbia tale carattere di importanza e di condizionalità collo sviluppo dello Stato, da escludere l'applicazione di una contraria legge straniera (1).

Tali imperfezioni dell'articolo 12 del nostro Titolo preliminare e tali difficoltà della sua interpretazione ed applicazione, sono notate anche dal Bellegotti trattando di quella disposizione di legge a proposito del regolamento internazionale delle successioni (2). Egli però è col legislatore italiano meno severo di altri critici, sì per l'argomento già citato dal Fiore (3), sì perchè non dimentica le difficoltà insuperabili d'una definizione perfetta, manifestatesi anche nelle formule d'altri legislatori più recenti e di parecchie accademie giuridiche (4). Egli riferisce di quell'articolo varie interpretazioni che, quantunque non attendibili come commenti di un testo positivo di legge, pur sono degne di attenzione dal punto di vista dottrinale. Così quella del Pacifici-Mazzoni il quale distingue l'ordine pubblico in senso stretto comprendente le leggi concernenti lo stato e la capacità delle persone e i rapporti di famiglia e che non s'impone anche agli stranieri, dall'ordine pubblico in senso lato, che comprende le leggi interessanti la società più direttamente che non singoli cittadini, e il cui rispetto s'impone anche agli stranieri. La distinzione che fa il Pacifici-Mazzoni fra i due ordini pubblici: uno imperante sui soli

(1) Laghi, l. c., pag. 233, 234.

(2) Bellegotti, *Le successioni secondo il diritto internazionale privato italiano*. Pisa, Tip. Editrice Galileiana, 1892, pag. 121-126.

(3) V. sopra, pag. 264, 265.

(4) Bellegotti, l. c., pag. 123, 124, n° 2.

sudditi, l'altro anche sugli stranieri, riesce poi praticamente molto analoga a quella fra l'ordine pubblico interno e quello internazionale. E lo stesso può dirsi della distinzione del Borsari fra diritto proibitivo ed ordine pubblico essenziale e non essenziale.

Il Bellegotti dal canto suo (1), pur riprovando una tale distinzione applicata al commento d'una legge che non fa distinzioni, non la condanna però dal punto di vista di una costruzione dottrinale dell'ordine pubblico, anzi segue il Laghi nell'adottarla (2). È meno facile a comprendersi poi come egli si induca successivamente (3) a distinzioni simili appunto nel commento della disposizione stessa della nostra legge. Ma anche in rapporto con questa, può giustificarsi la distinzione ch'egli fa, tra il produrre nel territorio un fatto contrario alle leggi assolute che vi sono in vigore, e il domandare soltanto nel territorio il riconoscimento delle conseguenze giuridiche d'un fatto di quella categoria validamente compiuto all'estero (4). È la distinzione fra l'antinomia diretta od indiretta coi principii fondamentali del diritto nazionale, che era stata fatta dal Fusinato, citato da lui a tale proposito nella conclusione del proprio studio (5).

Il Fusinato invero riconosce la grande difficoltà così di definire come d'applicare ai casi particolari il concetto dell'ordine pubblico. Difficile a definire perchè ciascuno Stato in realtà si organizza come crede, e può estendere a proprio arbitrio il campo riservato all'applicazione esclusiva della proprie leggi nel rispettivo territorio; difficile ad applicarsi ai casi particolari, poichè sovente tale applicazione non può derivare se non che da una indagine degli intendimenti del legislatore, indagine condotta per via di indizi e nella quale troppa parte può avere la subbiettiva influenza del giudice. Il Fusinato dunque, per determinare l'eccezione di ordine pubblico, prende a punto di partenza il concetto della diretta antinomia fra la legge forestiera e i principii fondamentali vigenti in un territorio circa la costituzione della famiglia, della società e dello Stato; ma riconosce che una formula precisa, intorno alla quale tutte queste leggi si possano raggruppare e dalla cui applicazione si possa trarre con sicurezza la decisione sopra il carattere reale o personale

(1) L. c., pag. 122.
(2) Pag. 133, 134 e 136.
(3) Pag. 129-140.
(4) L. c., pag. 139, 140.
(5) L. c., pag. 140, n. 2.

dello statuto in questione « non fu fornita, nè verosimilmente mai lo sarà ».

Egli si accontenta pertanto di enunciare generalmente il principio dicendo che: « il giudice non potrà mai applicare il diritto straniero, quando tale applicazione giungerebbe ad un risultato che sarebbe in contrasto col diritto pubblico (in senso *tecnico*) dello Stato, e con quelle leggi di diritto privato che il legislatore ha emanato per scopi che *evidentemente* e *principalmente* riguardano la morale o l'interesse politico, sociale, o economico, come il legislatore ha creduto saggio di costituire ». Nelle codificazioni preferirebbe poi una locuzione generalissima, come questa del Mommsen: « Non potranno mai ricevere applicazione le leggi straniere, ogniqualvolta l'applicazione loro rimanga esclusa dalle leggi interne, secondo le prescrizioni o lo scopo delle medesime ». E al buon criterio del magistrato consentirebbe, nei limiti di questo criterio generale, molta libertà di giudizio, che si esplicherebbe con maggiore o minor rigore, secondo le dottrine e le idee dominanti (1).

Gli autori sono dunque molti, e varii gli sviluppi del loro ragionamento, ma, per vie diverse, arrivano tutti alla stessa mèta: la dimostrazione dell'insufficienza delle definizioni date prima di loro del limite di ordine pubblico, ma insieme con quella anche la dimostrazione della impossibilità di arrivare, per definire quel limite, ad una regola concreta e chiara nella sua formula ed uniforme nelle sue applicazioni come è dato di fare per le altre regole di diritto internazionale privato. Senonchè è già un risultato l'aver potuto attribuire alle peculiarità della materia l'origine di quel difetto che appariva errore di giuristi o di legislatori, e l'aver determinato il carattere necessariamente vago e relativo di una regola, che deve variamente concretarsi qua e là per opera del magistrato incaricato di applicarla.

259. — Il Fedozzi, pur non pretendendo di arrivare ad una formula assoluta ed universalmente applicabile dell'ordine pubblico, si è dato però con buon successo a chiarirne il concetto e la giustificazione fondamentale, sempre sulla base, già accennata da altri (2), di una ricostruzione dello statuto reale. Egli non sa indursi a distinguere le leggi personali e quelle territoriali come si distinguerebbero fra

(1) Fusinato, *Il principio della scuola italiana*, pag. 75, 83, 88, 89, e *Questioni di diritto intern. privato*. Torino, Unione Tip.-Editrice, 1884 (estratto dalla *Giurisprudenza Italiana*, pag. 52).

(2) V. sopra, § 247, pag. 228.

loro le regole e le eccezioni, considerando invece le une e le altre come procedenti per vie dirette e parallele. A vicenda l'una o l'altra legge può essere eccezionale regolando in qualche elemento un rapporto giuridico, nel senso che questo obbedisca ad una legge dell'una, mentre pur qualche elemento dello stesso rapporto soggiaccia nonpertanto ad una legge dell'altra categoria. Da ciò una *dottrina dei limiti* nella quale il limite è rappresentato a vicenda dalla legge personale o da quella territoriale, e in quest'ultimo caso, tale legge rappresenta il limite che è detto di ordine pubblico.

Determinato però il carattere di questo limite nel sistema dei rapporti giuridici internazionali, anche il Fedozzi riconosce l'impossibilità di definirlo una volta per sempre in termini generali e precisi, perchè trattasi di un concetto necessariamente relativo così in ordine di luogo come in ordine di tempo. E preferisce definire come leggi assolute di ordine pubblico « quelle che consacrano o garantiscono un diritto o un interesse sociale », appunto perchè così non dimentica che la nozione d'ordine pubblico è del tutto relativa, essendo in rapporto intimo col tempo e colla società politica cui si riferisce, ed abbandona quel concetto fondamentale di morale assoluta che non corrisponde ai varii modi di essere e di organizzarsi dei singoli Stati.

Egli dunque va d'accordo con tanti altri giuristi che ho citato in ciò che riconosce il carattere relativo dell'ordine pubblico, e che ammette pertanto la possibilità di darne soltanto una formula generica, la quale, nel mutare dei concetti fondamentali intorno ai quali una società si organizza, resta sempre vera, quantunque di paese in paese e di età in età muti la proporzione fra le leggi ritenute personali e quelle ritenute assolutamente territoriali, e quantunque, per il modificarsi della coscienza sociale, le leggi ritenute di una categoria, passino in un determinato paese nell'altra, in proporzione tale da modificarvi l'indole del sistema vigente di diritto internazionale privato.

Anche il Fedozzi distingue poi, in relazione coll'ordine pubblico di un paese, la legge straniera che vi si voglia direttamente applicare, dalle conseguenze giuridiche derivanti da quella legge straniera che vi si vogliano far valere. Ma egli, pur ammettendo la importanza dottrinale e pratica di tale distinzione, molto opportunamente non la spinge però tanto oltre da considerare tali conseguenze di una legge straniera già applicata nel suo territorio, come diritti acquisiti che non possano mai essere misconosciuti dal giudice di quell'altro

paese dove tali conseguenze si vogliano far valere. La ricerca dei motivi giustificanti il limite d'ordine pubblico, deve estendersi anche a tali conseguenze, per discernere in quali casi l'immoralità d'un principio legislativo si comunichi a tutti gli effetti che ne derivano, così da rendere anche tutti questi effetti immorali e contrari all'ordine pubblico internazionale dello Stato nel territorio del quale tali effetti si vogliano far valere. Se infatti è l'interesse sociale che, nel conflitto delle leggi, serve a determinare quale legge debba essere applicabile o no, è evidentemente questo stesso interesse sociale che deve fornire la regola secondo la quale si possa decidere se una legge straniera, contraria nel suo principio all'ordine pubblico del nostro paese, vi possa essere applicata nelle sue conseguenze. In altre parole si dovrà, secondo il Fedozzi, ammettere o vietare le conseguenze di una legge straniera contraria al nostro ordine pubblico, secondo che lo scopo sociale di quella legge, e rispettivamente della legge nostra contraria a quella, si manifesti o no anche relativamente alle sue conseguenze.

Che se, per sapere se una legge straniera sia o non sia contraria al nostro ordine pubblico, si bada allo scopo sociale che le è proprio e che ne costituisce l'essenza, si dovrà necessariamente vietare nel nostro territorio il manifestarsi di quelle conseguenze d'una legge di tal fatta che costituiscono l'elemento precipuo del suo scopo sociale. Perciò in un paese che non ammette nè il divorzio nè la ricerca della paternità, il figlio riconosciuto giudizialmente altrove potrà far valere i suoi diritti di figlio naturale, e il coniuge altrove divorziato potrà far valere tutte le conseguenze legali del divorzio. Ma non si potranno far valere le conseguenze legali della schiavitù o della morte civile in un territorio la cui legge condanni tali istituti; nè l'esecuzione d'una obbligazione contratta all'estero si potrà domandare in un paese dove il fatto che costituisce l'obbietto e la causa di tale obbligazione sia considerato come un reato (1).

Così vien completata anche in quanto ha di manchevole la soluzione del Cimbali. Quest'ultimo giustamente condanna ogni distinzione fra le proibizioni assolute vigenti in uno Stato, fatta da chi alcune ne ascrive al diritto naturale rendendole obbligatorie per tutti gli abitanti del territorio ed altre ne attribuisce al diritto positivo

(1) Fedozzi, *Quelques considérations sur l'idée d'ordre public international*, pag. 5, 6, 7, 8, 9-12, 14, 16, 17. Paris 1897 (estratto dal *Journal du droit intern. privé*, 1897, pag. 69 e 495).

considerandole obbligatorie per i soli sudditi e non per gli stranieri le cui leggi personali non ammettano queste ultime proibizioni. Ma il Cimbali poi ammette che un matrimonio, secondo il diritto naturale, incestuoso, debba considerarsi in uno Stato in sè e nelle sue conseguenze quale unione legittima, quando sia stato celebrato all'estero fra stranieri la cui legge lo consenta; ed afferma che misconoscendone le conseguenze, si commetterebbe una aperta violazione dei diritti di sovranità degli Stati da cui dipendono quegli stranieri. Inoltre egli giudica che la legge nazionale straniera debba essere sempre riconosciuta applicabile, in sè e nelle sue conseguenze, in quanto sancisce una incapacità (1). E tanto in quest'ultimo giudizio, che ho già dimostrato errato, quanto nell'altro prima citato, egli incorre, per aver perduta di vista la giustificazione sociale del limite d'ordine pubblico, e il nesso che talora esiste fra una conseguenza positiva o negativa d'una legge, e lo scopo precipuo della legge stessa (2).

Ora è tutta un'elaborazione del concetto dell'ordine pubblico e della sua funzione di limite all'estraterritorialità delle leggi, che viene così sviluppandosi per opera dei nostri autori più recenti di diritto internazionale privato. Tale elaborazione progressivamente si compie allargando le indagini dei primi scrittori della scuola italiana e procedendo con piena indipendenza di giudizio dalla norma e dalla forma di espressione adottata dal nostro legislatore. È ben vero che il risultato di tale indagine riesce in gran parte negativo: quello cioè che una formula del limite d'ordine pubblico, concreta e completa come tante altre formule di diritto internazionale privato, non può esser data perchè l'indole peculiare della materia non lo consente (3). Ma è già un risultato non dispregevole quello d'evitare la ricerca d'uno scopo che per varie necessità contrarie non è conseguibile.

E un altro risultato notevole è l'aver definito il carattere relativo e mutabile dell'ordine pubblico; l'aver dimostrata l'indole sua di limite non universale all'applicazione delle norme di diritto internazionale privato, ma variamente particolare ai singoli Stati; e manifestata la necessità di distinguere la legge straniera dalle sue conseguenze e fra tali conseguenze di suddistinguere quelle che devono e quelle che non devono subire i limiti stessi cui soggiacciono in un territorio le leggi da cui derivano. Con questi criterii è dato al sin-

(1) V. sopra, pag. 244, 245.
(2) Cimbali, op. cit., l. c., e pag. 49, 50, 63, 64, 70, 78 e 79.
(3) V. sopra, pag. 223.

golo giurista ed al singolo magistrato un indirizzo, ed è loro segnata, a dir così, un'orbita nella quale possono operare e decidere con maggiore autonomia di iniziativa che non avvenga nell'applicazione delle altre norme di diritto internazionale privato. Nel quale pertanto la dottrina dell'ordine pubblico risulta designata come una provincia dove, fino al momento di una universale codificazione, dovrà restare riservato un campo d'azione assai più vasto che nelle altre, al prudente arbitrio del giudice.

260. — Mentre negli altri rapporti di diritto internazionale privato, la norma regolatrice ci apparve come una risultante della legge vigente in un paese e delle esigenze dell'ordine pubblico di un altro paese, quella norma ci apparve, nel regolamento internazionale degli atti giuridici e delle obbligazioni, come la risultante dell'autonomia delle parti dettanti la legge a se medesime e dell'ordine pubblico del paese eventualmente diverso dov'esse vogliano dare esistenza od esecuzione ai loro patti.

Le leggi relative alle obbligazioni sono state dunque (1) definite come facoltative, in quanto da quelle leggi le parti possono derogare nei limiti dell'ordine pubblico, ed in quanto l'essenza dell'obbligazione risulta regolata per effetto della sottomissione volontaria delle parti ad una legge determinata, sia questa poi nel silenzio delle parti la legge del luogo d'origine della obbligazione o di quello del suo adempimento, od a vicenda l'una e l'altra per i singoli elementi della obbligazione stessa (2).

L'impero della legge reale può affermarsi, anche in argomento di obbligazioni, nei riguardi di certe forme e condizioni ritenute, nel luogo della situazione di una cosa, necessarie per il passaggio di proprietà della cosa stessa o per la costituzione su quella di un diritto reale. L'impero della legge personale può affermarsi poi nelle obbligazioni, normalmente in quanto si riferisce alla capacità delle parti, ed eccezionalmente in quanto si riconosca alle parti connazionali la facoltà di attenersi validamente alle forme prescritte dalla legge patria, anzichè a quelle prescritte dalla legge del luogo dove ha origine l'obbligazione; ed in quanto si presuma che anche la sostanza e gli effetti dell'obbligazione siano regolati dalla legge della patria dei soggetti anzichè dalla legge del luogo d'origine della obbligazione stessa, ogni-

(1) V. sopra, § 229, pag. 185, 186.
(2) L. c., §§ 233 e 234, pag. 194-199.

qualvolta non siano in questione più soggetti appartenenti a diversa nazionalità (1).

La dottrina italiana più recente tende a limitare tutte queste presunzioni, senza far eccezione per quelle che sono ispirate dal favore per la legge nazionale dei soggetti, ed a rendere, in materia di obbligazioni, più vasto ed assoluto l'impero della regola *locus regit actum*. Ed anzitutto in quanto si riferisce alla forma, rispetto alla quale sono particolarmente notevoli gli studi del Buzzati (2). Egli non esita ad ascrivere le leggi relative alla forma degli atti, alla categoria delle leggi di ordine pubblico, ed a dedurre dalle esigenze di questo le ragioni del loro fondamento giuridico (3); e giustifica poi l'impero universalmente riconosciuto alla regola *locus regit actum*, differenziando questa da altre leggi che sono del pari di ordine pubblico (4). Così il matrimonio celebrato da un italiano con una inglese in Grecia, sarà formalmente valido o formalmente nullo, secondo che saranno state osservate o no le forme prescritte dalla legge greca. E la dichiarazione di nullità per difetto di forma pronunciata da una autorità competente secondo la legge greca, dovrà produrre, rispetto a tale matrimonio, pieni effetti giuridici in Italia. Poichè la legge del luogo della celebrazione relativa alle forme, deve considerarsi come l'unico criterio positivo (5) e negativo (6) della validità formale del matrimonio (7). Lo stesso non

(1) Cod. civ. it., art. 9, Prelim.

(2) Buzzati, *L'autorità delle leggi straniere relative alla forma degli atti civili (locus regit actum)*. Torino, Unione Tip.-Editrice, 1894.

(3) L. c., parte generale, cap. III: *La forma degli atti e il fondamento giuridico della regola "l. r. a."*, pag. 118, 119, 120, 121, 122.

(4) Buzzati, *Intorno alla giustificazione del precetto "locus regit actum"*. Lettera aperta al prof. Bolaffio (estratto dalla *Temi Veneta*, dicembre 1897).

(5) Buzzati, *Nota* alla sentenza della Corte d'appello di Palermo del 16 agosto 1895 (estratto dalla *Giurispr. italiana*, vol. XLVIII, 1896, parte I, sez. I).

(6) Buzzati, *Du mariage civil célébré par les ressortissants d'un État resté fidèle à la forme religieuse* (nella *Kosmodiké*, anno I, n. 7, luglio 1898, pag. 151-156).

(7) Il Diena (*Dir. comm. intern.*, vol. cit., pag. 390, nª 1) non consente del tutto in tale giustificazione che porta per conseguenza di considerare alla stessa stregua tanto gli atti che hanno un'importanza d'interesse generale per tutta la società quanto quelli d'interesse esclusivamente privato. Egli non vorrebbe pertanto reputare egualmente d'ordine pubblico (così da far prevalere *necessariamente* la legge territoriale sulla legge personale delle parti comune ad entrambe) le forme prescritte pel compimento di un *atto* di matrimonio e quelle richieste per la stipulazione di un comune contratto di compravendita.

potrebbe dirsi, secondo il Buzzati, relativamente ai matrimoni di fatto ammessi in un paese e giudicati in un altro dove il matrimonio sia considerato dal diritto vigente come un atto manifestamente consensuale e solenne. In tal caso non si tratterebbe in questi ultimi paesi di apprezzare la forma di un atto, ma bensì le conseguenze giuridiche di un fatto; e non si sarebbe più a di lui avviso nel campo della forma degli atti (1).

La legge che proibisce in un paese il divorzio è di ordine pubblico, e pertanto impedirà così agli stranieri come ai nazionali di divorziare dove quel divieto sia in vigore. Quella legge poi impedirà ai sudditi del legislatore di divorziare all'estero dove pur il divorzio sia consentito. Ma ciò avviene perchè la legge che vieta il divorzio è ad un tempo legge di ordine pubblico per tutti, e legge personale per i cittadini, e come tale segue questi ultimi in altro territorio.

Le leggi relative alle forme hanno invece carattere d'ordine pubblico, senza avere anche carattere personale; e pertanto manifestano, anche in cospetto del legislatore che le ha emanate, una efficacia esclusivamente territoriale, così che gli atti compiuti secondo la *lex loci actus*, debbano ritenersi validi e nel loro territorio di origine ed in ogni altro paese. E ciò tanto più, che il riconoscimento della validità di un atto compiuto in tali condizioni, corrisponde dovunque a quel principio, secondo il quale uno Stato che pur non riconosce i fatti giuridici contrari al suo ordine pubblico, ne riconosce però le conseguenze giuridiche.

Nè deve tacersi che soltanto l'osservanza della regola *locus regit actum*, può garantire così il legislatore nazionale dei contraenti o disponenti, come ogni magistrato d'altri paesi cui spetti giudicare degli atti di quei contraenti, manifestando la prova della libera e sincera manifestazione della volontà delle parti (2). Perciò il Buzzati non dubita di applicare la regola *locus legit actum* anche ad ogni maniera di atti solenni, osservando giustamente che, per quanto si vogliano elevare in importanza gli elementi dell'atto che si riferiscono ai mezzi di manifestazione della volontà, sì da farne nel paese del legislatore condizione esclusiva dell'esistenza dell'atto medesimo, nondimeno non si potrà mai fare di essi ciò che non sono, cioè mutarli di forma in sostanza. E pertanto conclude che « quando l'atto è stato

(1) Buzzati, l. c., in fine.

(2) Buzzati, *L'autorità ecc.* V. anche cap. IV: *Le applicazioni della regola " locus regit actum "*, pag. 127, 128, 129, 130, 131, 132, 134, 136, 142.

fatto secondo la formula della *lex loci actus*, esso sarà valido dovunque, senza distinguere, fra atti solenni o no, autentici o per scrittura privata, scritti o verbali ».

Ma la validità dell'atto fatto secondo la *lex loci actus*, quantunque affermata per ogni caso, non esclude che quell'atto possa, come si è detto (1), essere valido anche se fatto in forma diversa; non esclude cioè che la regola *locus regit actum* possa considerarsi, anzichè obbligatoria, soltanto facoltativa.

Il Diena (2) applica tali principii relativi al carattere facoltativo della regola *locus regit actum*, in quanto concerne la forma del contratto di società. È naturale che le misure di pubblicità debbano essere osservate in conformità alla legge nazionale della società; ma ciò non impedisce che la forma del contratto sociale sia regolata dalla legge del luogo dove è compiuto, poichè l'interesse dei terzi non esige in quanto a tale forma, come esige in quanto alle misure di pubblicità, che si deroghi per questo rispetto, dai principii generali. Alla legge vigente alla sede sociale si dovrà dunque riferirsi per stabilire quali forme la società possa assumere; per sapere se essa possa in modo valido costituirsi liberamente, od abbia bisogno di un'autorizzazione governativa, e se per la sua costituzione occorra o non occorra un numero minimo di soci; ma la forma del contratto di società potrà essere tanto quella stabilita dalla legge del luogo dove deve trovarsi la sede sociale, quanto quella del paese dove si è verificata effettivamente la stipulazione del contratto di società. È poi conforme all'indole della regola *locus regit actum* ed all' importanza ed agli effetti delle società commerciali, che il contratto di società soggiaccia alla regola *locus regit actum* soltanto in quanto si riferisce alla *forma* nel senso stretto della parola. E pertanto le indicazioni contenute nel contratto sociale dovranno essere quali le richiede la legge vigente alla sede sociale, anche se diverse o minori fossero quelle richieste dalla legge del luogo del contratto. Quelle indicazioni infatti valgono a stabilire alcuni elementi intrinsecamente necessarii per la esistenza di una società e non potrebbero perciò considerarsi come requisiti di semplice forma. La loro soggezione alla legge della sede sociale non dipende dunque, a propriamente parlare, da una eccezione alla regola *locus regit actum*, ma piuttosto da una corretta determinazione dell'ampiezza della sua efficacia.

(1) V. § 190, pag. 113, 114, e § 229, pag. 185-187.
(2) Diena, *Dir. comm. intern.*, vol. I, pag. 281, 282 e 283.

Il fondamento attribuito dal Buzzati alla regola *locus regit actum*, non avrebbe potuto poi conciliarsi col carattere facoltativo attribuito (1) in molti casi a quella norma. Ed egli infatti esclude tale soluzione tanto per gli atti che, fatti da un individuo nel proprio paese, debbano eseguirsi in territorio forestiero; quanto per gli atti compiuti da due o più individui di differente nazionalità nella patria di uno di loro; quanto infine per gli atti compiuti da due connazionali in paese diverso da quello a cui appartengono. Poichè egli non giustifica la norma *locus regit actum* nè con considerazioni di opportunità, nè colla constatazione di una consuetudine lentamente formatasi, ma bensì colle ragioni proprie di un vero principio giuridico, era per lui una necessaria conseguenza l'arrivare al concetto della obbligatorietà di quella regola, siano o non siano connazionali i contraenti (2).

A buon diritto poi egli segue il Wächter nel respingere quella eccezione alla regola *locus regit actum* che si vuol far derivare dalla *fraus legis*, quando cioè uno vada all'estero per compiervi nelle forme locali, diverse da quelle del suo paese, un atto giuridico la cui validità formale non sia poi nel suo stesso paese in tali condizioni normalmente contestata (3). La non osservanza poi delle leggi di registro e bollo vigenti nel luogo di redazione dell'atto, se produce in tale territorio la nullità degli atti, è ritenuto dal Buzzati (4) che debba produrla anche all'estero, poichè in ragione della conseguenza che da quella trasgressione fiscale la legge fa derivare, la disposizione della legge stessa interessa non solo la riscossione delle imposte, ma anche la validità formale degli atti e deve essere perciò osservata anche dagli stranieri. Per converso una di tali condizioni imposta, sotto pena di nullità, dalla legge di un paese, non potrà mai invocarvisi a danno della esecuzione di atti e patti che senza osservanza di quelle condi-

(1) V. pag. 279, nª 1.

(2) Buzzati, l. c., pag. 142, 145, 146, 148, 152, 153, 154. — Per evitare la taccia di contraddizione con quanto è detto nelle altre parti di quest'opera, credo opportuno ricordare una volta per sempre che qui io cerco fare opera di storico, senza adottare, quando esplicitamente non lo dica, le opinioni altrui che attendo ad esporre e commentare. Nel caso presente, per es., io credo che si possa conciliare il fondamento giuridico della regola *locus regit actum* coll'ammissione prudente e parca in qualche caso del suo carattere facoltativo. Cfr. Fiore, *Dir. int. priv.*, 3ª ediz., vol. I, parte generale, cap. VI, §§ 227, 228, pag. 231.

(3) Waechter, l. c. (*Archiv f. Civil. Praxis*, vol. XXV, fasc. 3°, § 30, pag. 412-414); Buzzati, *L'autorità* ecc., pag. 154-159.

(4) L. c., pag. 166.

zioni, ma con osservanza di tutte le forme richieste dalle leggi locali, siano stati compiuti in altro territorio (1).

D'accordo col Buzzati in quanto si riferisce agli effetti possibili della cosidetta *fraus legis* sull'impero della regola *locus regit actum*, vanno il Diena (2) ed il Fedozzi. Quest'ultimo, che ha studiato recentemente l'argomento in relazione con tutta la dottrina della frode della legge (3), insiste opportunamente su questo punto: che nel caso suaccennato non può propriamente affermarsi che esista del tutto frode della legge. Perchè infatti questa esista è necessario tanto un elemento materiale, cioè una effettiva violazione di legge, quanto un elemento ideologico cioè intenzione di eludere lo spirito della legge coll'apparenza di prestare omaggio alla sua lettera. Ora può sostenersi con buone ragioni che i due elementi coincidano e costituiscano la frode della legge nel campo dello statuto personale; quando taluno lo muta per compiere un atto che la sua legge gli vieterebbe, o per opporre da una nuova patria alla legge penale da cui è colpito, garanzie di privilegi che altrimenti non potrebbe invocare (4). Può sostenersi altresì che il caso di frode si verifichi rispetto agli atti giuridici, quando chi si reca in altro territorio per compierli, abbia lo scopo di eludere disposizioni della legge cui è soggetto che siano relative alla sostanza dell'atto e debbano come tali essere considerate elementi della legge personale, oppure disposizioni che, anche non rientrando nella legge personale, interessino l'ordine pubblico dello Stato cui la parte stipulante appartiene, e nel territorio del quale l'atto stipulato

(1) Fusinato, *Della efficacia in Italia dei contratti di borsa stipulati all'estero*. Venezia, 1891 (estratto dalla *Temi Veneta*, anno XVI); Diena, *Sulla validità dei contratti di borsa nei rapporti internazionali* (estratto dall'*Archivio giuridico*, vol. LV, 1895, fasc. 3, 4, pag. 9, 16 e seg.; Id., *Quelques mots sur le jeu de bourse en droit international* (extrait du *Journal du droit intern. privé*, 1899).

(2) Diena, *Dir. comm. intern.*, vol. I, pag. 390, 391. — La regola *locus regit actum* rimane applicabile anche quando le parti siansi recate all'estero col solo scopo di stipulare le loro convenzioni o redigere i loro atti in forme più semplici di quelle stabilite dalla legge personale, ancorchè questa prescrivesse determinate forme solenni a pena di nullità. Infatti non è frodare la legge il valersi di una facoltà da questa concessa, e le disposizioni che dichiarano alcune formalità come essenziali alla validità di certi atti, si riferiscono pur sempre a requisiti di forma e non già di capacità o di validità intrinseca.

(3) Fedozzi, *La frode alla legge nei rapporti di diritto intern. privato*. Torino, Bocca, 1900 (estratto dalla *Rivista Italiana per le scienze giuridiche* vol. XXX, fasc. 1 e 2).

(4) Fedozzi, l. c., pag. 33 e seguenti.

deve aver vigore (1); ma la stessa soluzione è insostenibile quando si tratti di atti compiuti all'estero per sottrarsi a certe disposizioni della propria legge relative esclusivamente alla forma degli atti.

In tal caso chi pretende concretare la frode della legge, tien conto della sola intenzione di eludere la legge e da questo solo elemento vuol dedurre la frode senza che di questa esista minimamente l'elemento obbiettivo, cioè la effettiva violazione della legge concretata nella lesione di un diritto privato o sociale.

Tuttociò, dice giustamente il Fedozzi (2), manca assolutamente di base logica e giuridica. Innanzi tutto è impossibile concepire, senza incorrere nella più flagrante delle contraddizioni, una violazione che consista nell'usare di una facoltà che la legge stessa concede. E tale è il caso della cosidetta frode della legge in materia di forma degli atti. La regola *locus regit actum* è riconosciuta quanto alle forme nei due paesi: in quello della persona che espatria per compiere un atto giuridico nelle forme di un altro Stato; e in questo secondo Stato dove l'atto è compiuto nelle forme locali. L'atto è dunque formalmente valido secondo la legge comune di entrambi gli Stati. Perchè dichiararlo particolarmente infirmabile nel paese cui appartiene la persona che lo ha compiuto, per solo effetto delle intenzioni che hanno mosso tale persona ad espatriare per compierlo? Manca in tal caso l'esistenza obbiettiva di una contraddizione fra lo spirito della legge e la possibile intenzione di chi di questa legge pretende avvantaggiarsi; manca cioè quella violazione che è il primo e necessario elemento della frode della legge.

E quando siasi constatata la mancanza di questo elemento, resta perfettamente inutile la ricerca dell'elemento soggettivo, cioè della intenzione specifica di chi compie all'estero un atto secondo le forme locali. Infatti non potrebbe avere influenza di sorta neppure la dichiarazione esplicita della parte che affermasse di essere andata all'estero colla sola e ferma intenzione di sottrarsi alle disposizioni della legge personale, a quel modo che secondo i principii del diritto penale, l'intenzione criminosa con cui si compia un fatto non basta per sè a rendere questo fatto un reato, occorrendo, come condizione prima, l'effettiva opposizione del fatto stesso colle disposizioni della legge punitiva (3).

(1) Fedozzi, l. c., pag. 31 e nª 2 quanto al limite di efficacia di tali disposizioni assolute, alla sostanza dell'atto.
(2) L. c., pag. 27 e 29.
(3) Buzzati, l. c., pag. 157, 158 e Fedozzi, l. c., pag. 30.

Chi sostiene pertanto che gli atti suaccennati siano viziati da frode della legge, erra prescindendo dall'esame dei criterii fondamentali di tale frode, in una questione che si concreta appunto nel vedere se, nel caso speciale, frode alla legge vi sia (1).

Il Buzzati dopo avere determinato il carattere giuridico della regola *locus regit actum*, dimostrata la necessità della sua efficacia obbligatoria, e combattute anche quelle eccezioni all'impero di tale regola che sono più comunemente ammesse, non s'induceva da ultimo a lasciarne sussistere che tre. Quando un atto non sia vietato nel paese dove uno straniero lo voglia compiere, ma non sia preveduto e regolato dalla legislazione locale, lo straniero potrà compiervi quell'atto nelle forme della propria legge nazionale, con effetti validi nella sua patria ed anche nei terzi Stati, essendo dimostrata in tal caso l'impossibilità di seguire, quanto alle forme, la legge del luogo dell'atto (2). Quando un atto sia compiuto da cittadini di uno Stato civile in un paese selvaggio, saranno ritenute valide dovunque le forme ammesse dalla loro legge nazionale, per applicazione del principio che il diritto internazionale privato si applica soltanto agli Stati dell'umanità civile (3).

Terza e più importante eccezione (4) ammessa dal Buzzati è quella degli atti diplomatici e consolari; ma tale eccezione egli fa dipendere da un carattere facoltativo specialmente attribuito alla regola *locus regit actum*, tanto dallo Stato cui appartiene l'ufficiale diplomatico o consolare, quanto dallo Stato dove il medesimo ufficiale è ammesso ad esercitare le proprie funzioni. Ammissione questa che, per gli ufficiali consolari, dovrebbe risultare sempre dalle esplicite convenzioni internazionali, così da eliminare la eventualità di atti consolari ritenuti validi nella patria dei disponenti o contraenti, ma non nello Stato in cui realmente sono stati compiuti. Poichè l'eccezione ad una regola intesa a rendere dovunque valido un atto, dev'essere pari alla regola, quanto all'efficacia degli effetti che ne derivano (5).

Con tale questione si connette la ricerca della categoria specifica alla quale debba ascriversi un atto giuridico, quella per esempio degli atti di commercio o non di commercio. E tale definizione si connette

(1) Fedozzi, l. c., pag. 30.
(2) Buzzati, l. c., pag. 166, 167.
(3) L. c., pag. 167.
(4) L. c., pag. 167-169.
(5) L. c., pag. 167-169.

con un altro elemento di efficacia della regola *locus regit actum*. Le convenzioni infatti dipendono dalla libera volontà dei contraenti. Ma questa è la legge della convenzione solo in quanto le parti abbiano facoltà di esplicare il loro volere. La volontà dei contraenti non potrà dunque agire ed operare se non che in quanto la legge lo consenta. E la legge competente a fissare tali limiti è quella del luogo dove l'atto si compie. Questa dunque dovrà fornire anche gli elementi per distinguere gli atti civili dai commerciali (1).

261. — Quanto alla sostanza dell'obbligazione, l'indirizzo prevalente tende a far sempre più completamente prevalere la legge in vigore nella sede dell'obbligazione stessa, cioè nel territorio della sua origine, senza eccezioni che derivino dalla legge personale dell'obbligato o delle parti (2). La legge dell'obbligato potrebbe ritenersi prevalente, secondo la dottrina del Savigny (3), per le obbligazioni nate senza convenzione, in quanto l'adempimento ne possa essere richiesto al domicilio dell'obbligato stesso.

Il Fiore invece, in armonia colla presunzione della sottomissione delle parti, quanto al vincolo giuridico, e quanto all'esistenza ed alla validità di questo, alla legge del luogo dove le parti si sono obbligate (4), ritiene, anche per le obbligazioni nate senza convenzione, che il rapporto obbligatorio debba essere regolato secondo la legge del luogo dove è avvenuto il fatto giuridico cui la legge attribuisce tale effetto, e ciò tanto nei riguardi dell'autore del fatto, quanto nei riguardi delle altre persone che, per le circostanze del fatto stesso, possano rimanere obbligate (5).

All'infuori di questo caso, non solo nel caso di atti unilaterali, ma anche in quello di atti bilaterali quando i due contraenti appartengano al medesimo Stato, si ammette da molti e nel secondo caso anche dal Titolo preliminare del Codice italiano, la soggezione dell'obbligazione alla legge personale delle parti. Il Fusinato non riprova tale eccezione, ma, nel diritto delle obbligazioni, anzichè scegliere a

(1) Diena, *Diritto comm. intern.*, vol. cit., pag. 18-23 e 67 e 68.

(2) V. Diena, *Dir. comm. intern.*, vol. I, pag. 387-390, quanto alla legge applicabile alla validità intrinseca, ed alla sostanza delle obbligazioni convenzionali, ed ai loro effetti.

(3) V. sopra, § 233, pag. 194-198.

(4) V. sopra, pag. 195.

(5) Fiore, *Della legge che, secondo il diritto internazionale, deve regolare le obbligazioni nate senza convenzione*. Napoli 1899 (estratto dal volume pubblicato in onore del senatore Pessina).

legge personale sussidiaria, che debba governare il vincolo giuridico, la legge nazionale, preferisce invece quella del domicilio, poichè deve intendersi che la persona voglia assoggettare a questo, come tutta la propria attività economica, così tutti i proprii atti e contratti (1). « Altrimenti facendo, egli dice (cioè seguendo la soluzione dell'art. 9 del Titolo preliminare in favore della legge nazionale), questa legge nazionale che, sostituita a quella del domicilio, dovrebbe rappresentare un omaggio reso alla giustizia, alla personalità, ai diritti e agli interessi dell'individuo, si tramuta in un giogo pesante e irragionevole, che contraddice alla libertà dell'individuo medesimo e che gli può riuscire di danno ». In tal guisa si fa prevalere la legge del luogo dell'atto, e la sussidiaria legge nazionale vien sostituita colla legge del domicilio che a quello più frequentemente corrisponde.

Il Diena (2) ammette pure la presunzione della prevalenza della legge personale sulla legge del contratto, anche nel regolare la sostanza dell'atto stesso quando tale legge personale sia comune alle parti. Egli richiede che tale prevalenza della legge personale sia limitata ai casi di identità di legge per entrambe le parti, ma quando tale identità si riscontri non preferisce assolutamente nè la legge nazionale, nè quella del domicilio; bensì vorrebbe preferire questa a quella ogniqualvolta si trattasse di presumere l'intenzione dei contraenti.

Il Gabba poi, che aveva lodata un tempo così l'adozione della regola *locus regit actum* quale l'aveva accolta il codice italiano, come le disposizioni di questo circa le obbligazioni nei rapporti privati internazionali (3), critica poi (4) aspramente l'alternativa efficacia riconosciuta alla legge nazionale anche dall'articolo 9 del Titolo preliminare. Anzitutto egli critica la generalità della formula, dove il legislatore italiano non distingue gli effetti che una obbligazione produce in Italia da quelli prodotti all'estero, nè quelli secondarii o indiretti da quelli principali e diretti. « Da cotal generico e assoluto comando, egli dice, possono derivare ingiustificabili ingerenze e manomissioni nella sfera degli interessi e dei diritti di esteri Stati ».

Nè ritiene conforme a ragione che, per gli effetti collaterali o eventuali che uno dei detti contratti possa avere fuori del paese, nel

(1) Fusinato, *Il principio*, ecc., pag. 60-68.
(2) L. c., pag. 33-35.
(3) Gabba, *Gli articoli*, ecc., negli *Annali*, l. c., pag. 10.
(4) Gabba, *Questioni di diritto civile*, ediz. cit.; *La clausola*, vol. II, pag. 112-114.

quale esso dovrebbe avere tutto il sostanziale suo effetto, un altro paese scelga a modo suo la legge da applicarsi, a rischio di porsi in contraddizione collo Stato in cui quel sostanziale effetto del contratto si produce.

Ed egli insiste nel manifestare la propria meraviglia perchè « il legislatore italiano, correndo dietro alla fisima della nazionalità, abbia trascurato affatto il criterio universalmente apprezzato del luogo di esecuzione del contratto per determinare l'unica legge da applicarsi ovunque al medesimo; e così volendo rifare a modo suo il diritto internazionale privato contrattuale, abbia posto anche in questa materia un germe di conflitti, se non fra l'Italia ed altri Stati, almeno fra le leggi e la giurisprudenza italiana e forestiera... E il legislatore italiano (che ha disposto così genericamente della sostanza *e degli effetti* delle obbligazioni) col trascurare affatto questo riguardo (verso gli altri Stati interessati ad un rapporto giuridico di questo genere ed autorizzati a regolare con leggi da loro emanate quella parte di effetti che nel loro territorio si producono) col volere che i principii di diritto internazionale privato da lui riputati migliori, si debbano applicare in Italia a quella parte dei negozi di tal genere che qui si produce, sia o non sia questa la parte veramente sostanziale e qualunque sia la legge internazionale privata dello Stato, in cui la sostanziale parte se ne avvera; ha certamente commesso uno sbaglio simigliante a quello contenuto nella clausola finale dell'articolo 8, concetto sbagliato iniziale dell'indole e della competenza di una legge nazionale in materia internazionale privata ».

Colla quale critica sono prese di mira ad un tempo la formulazione generica delle norme di diritto internazionale privato che ne è direttamente colpita, e l'efficacia sussidiaria della legge nazionale delle parti, che ne è ad ogni modo indirettamente diminuita.

Quando però i contraenti non possedano la stessa legge personale diversa da quella dello Stato dove avviene la stipulazione, è generalmente ammesso, che in mancanza di una espressa volontà manifestata da loro, tutto quanto si riferisce alla sostanza della obbligazione debba dipendere dalla legge del luogo del contratto, e quanto si riferisce alle modalità dell'esecuzione dipendere invece dalla legge del luogo dove l'esecuzione stessa debba farsi. Il Diena applica ingegnosamente tale distinzione nel ricercare quando una obbligazione debba essere regolata dal diritto civile e quando da quello commerciale (1).

(1) Diena, *Diritto comm. internazionale*, vol. I, pag. 387-390 e 424-427.

Poichè alla sostanza dell'obbligazione si applica la *lex loci contractus*, se nel luogo della stipulazione l'obbligazione fosse considerata commerciale e la legge locale disponesse (come nel diritto italiano) che i condebitori nelle obbligazioni commerciali si presumono obbligati in solido, tale presunzione continuerebbe a sussistere in ogni altro paese, ancorchè la legge in altro paese vigente reputasse civile l'obbligazione, oppure, anche considerandola commerciale, non adottasse però la presunzione della solidarietà.

Ma in quanto si riferisse alle modalità dell'esecuzione, cesserebbe la coincidenza fra il diritto dello Stato che deve a tale riguardo venire applicato e la legge cui spetta determinare il carattere commerciale o civile dell'obbligazione. Se la legge dello Stato dove è stato concluso il contratto attribuisse a questo carattere commerciale, e la legge dello Stato dove lo stesso contratto dovesse eseguirsi lo considerasse civile, si dovrebbero bensì applicare alle modalità di esecuzione di quel contratto le leggi dello Stato di esecuzione, ma fra queste dovrebbe preferirsi alla legge civile quella commerciale che corrisponde al carattere attribuito al contratto in questione dalla legge della sua origine. Non potrebbe infatti ammettersi che il carattere giuridico di un contratto debba variare secondo che lo si consideri sotto l'aspetto dei suoi effetti sostanziali o sotto quello dei modi di compierne la esecuzione.

Ma vi sono casi nei quali la legge del luogo del contratto non è competente a definire il rapporto giuridico. In tali casi, che si verificano quando la convenzione debba essere attuata od adempiuta in Stato diverso da quello dove le parti l'hanno stipulata, si deve arrivare ad una soluzione che è il contrapposto della precedente. La legge del luogo del contratto regolerà la sostanza della convenzione, ma la legge della situazione della cosa, o della necessaria effettuazione degli atti che formano oggetto del contratto sarà competente a definirne il carattere civile o commerciale. Alla sostanza del contratto dovrà applicarsi in tali casi la *lex loci contractus*, ma quella legge specifica del paese del contratto che corrisponde alla definizione che del contratto risulta dalla legge del luogo di esecuzione. Sicchè se questa definisce il rapporto come commerciale, la sostanza del contratto sarà regolata dalla legge commerciale vigente nel luogo del contratto, e non già dalla legge civile dello stesso luogo, quantunque in quest'ultimo territorio il rapporto in questione sia considerato civile e non commerciale. Sicchè la *lex loci contractus*, pur conservando talora il proprio

impero sul rapporto giuridico, non può prevalere costantemente quanto alla definizione del rapporto stesso (1).

La legge dell'atto fa poi sentire talora la propria efficacia anche nel campo della capacità. La legge nazionale del contraente o disponente può infatti tentar di trasformare una questione di forma in una questione di capacità, vietandogli di compiere all'estero un determinato atto se non in una determinata forma. Il giudice del paese cui appartiene il contraente o disponente dovrà evidentemente dichiarare nullo l'atto da quest'ultimo compiuto all'estero contro il divieto della legge nazionale e secondo le forme locali. Ma il giudice dei terzi Stati e quello stesso del paese dove l'atto è stato compiuto, dovranno essi pure dichiarare nullo un tale atto?

La massima parte dei giuristi sostiene la soluzione affermativa. Il Buzzati difende la opinione contraria e, a mio avviso, a ragione; perchè non è dato ad un legislatore di trasformare una questione di forma in una questione di capacità; cioè può farlo il legislatore nell'ordine interno, ma non può pretendere al riconoscimento di tale trasformazione da parte degli altri Stati, nei rapporti internazionali. La forma è soggetta alla competenza della legge del luogo dove l'atto si compie. Tale competenza, nell'ordine internazionale, è di ordine pubblico; e pertanto le incapacità speciali relative alla forma, create dalla legge del paese cui appartiene il disponente o contraente, non possono esercitare veruna influenza estraterritoriale, ma devono cedere alla legge del luogo dell'atto (2).

S'intende però che ciò deve ritenersi giusto quando un legislatore imponga ai proprii sudditi una incapacità speciale rispetto ad una forma determinata. Che se invece quella incapacità si riferisse all'attitudine della persona a compiere un atto determinato o a dar origine ad un determinato rapporto giuridico, si tratterebbe di vera capacità personale e dovrebbe prevalere rispetto ad essa il diritto nazionale della persona. La legge dunque che proibisce al suddito di contrarre matrimonio all'estero nella sola forma civile, o di fare all'estero un

(1) Alla stessa legge che è competente per definire il carattere civile o commerciale del contratto, si dovrà ricorrere per determinare l'ammissibilità dei mezzi di prova; a decidere cioè se quel contratto possa essere provato coi mezzi ammessi per le materie commerciali piuttosto che con quelli ammessi per le materie civili. V. Diena, l. c., pag. 508-512.

(2) Buzzati, *L'autorità*, ecc., pag. 159-164 e 354-356, e Fedozzi, *La frode alla legge*, pag. 31, nª 2.

testamento olografo (1), è una legge relativa alla forma. E, perchè tale, sarà considerata come non esistente nel paese straniero dove individui appartenenti allo Stato nel cui territorio quella prima legge sia in vigore abbiano compiuto tali atti giuridici in quella forma dalla stessa legge personale vietata. La legge invece che vieta alla persona che ha figli di assumere figli adottivi, e quella che vieta il testamento congiuntivo (2), sono leggi che escludono un rapporto o un atto e non soltanto la forma d'un rapporto o d'un atto determinato, e pertanto devono seguire la persona anche in territorio diverso da quello d'origine, nè possono essere fatte tacere dalla legge del luogo dell'atto.

Come ben dimostra il Diena (3), in materia di obbligazioni la capacità, considerata *in atto*, è bensì regolata dalla legge personale delle parti, ma integrata dalla legge del luogo dell'atto. Poichè la stipulazione si effettua sotto l'impero di questa legge, a questa infatti pur compete determinare i limiti entro i quali i contraenti possano esercitare la loro autonomia. Ora se è vero che la libera manifestazione del consenso riguarda la personalità individuale, d'altra parte l'apprezzamento dei fatti che, in materia puramente convenzionale, valgono a viziare il consenso, non può spettare se non che alla legge del territorio dove i fatti stessi si verificano (4). E pertanto la legge del luogo dell'atto contribuisce anche normalmente ad integrare la esplicazione della capacità delle parti che pur in sè è soggetta alla legge personale di queste ultime.

E del resto l'efficacia positiva sempre più vasta ed assoluta che secondo molti autori e secondo più d'una legislazione esercita la *lex loci actus* sulla stessa capacità, è notata anche dall'Anzilotti come una delle tendenze del diritto internazionale privato contemporaneo. Tale tendenza a limitare l'applicazione della legge personale rispetto alla capacità di obbligarsi, si manifesta dovunque in modi varii, ma tutti ispirati al concetto d'una più efficace protezione della sicurezza delle contrattazioni. Ed una maggior protezione ne è resa più necessaria dalla loro aumentata facilità e frequenza; e in tali mutate condizioni

(1) Fusinato, *Della validità del testamento olografo fatto in Italia da uno straniero a cui lo vieti la legge nazionale* (estratto dal *Foro Italiano*, anno XXVII, fasc. II).

(2) Buzzati, *L'art.* 761 *del Cod. civ. nel diritto intern. privato e nel transitorio* (estratto dalla *Temi Veneta*, anno XXIII, n. 6).

(3) Diena, *Diritto comm. int.*, vol. I, pag. 9-18.

(4) Diena, l. c., pag. 20-32.

può riuscire meglio garantita da una maggiore influenza esercitata dalla legge del luogo dell'atto anche nella determinazione della capacità. Non deve considerarsi questo, secondo l'Anzilotti, un terzo principio o sistema per la determinazione della capacità personale, che si contrapponga a quelli della cittadinanza e del domicilio; ma deve apparire piuttosto come un limite posto all'efficacia della legge personale, limite diverso di apparenza e di proporzioni nelle varie leggi, ma sostanzialmente comune a tutte nella sua genesi e nella sua giustificazione (1).

Il Diena anzi considera cotesti limiti come tali da non modificare il regolamento dello statuto personale e la scelta della legge competente a regolarlo; e del resto condanna quei limiti che fossero vere eccezioni all'impero estraterritoriale della legge personale. Il fatto che in materia commerciale si debba talvolta prendere in considerazione la legge del domicilio, in ispecie nell'apprezzare la qualità di commerciante, non può influire sulla capacità e sulla legge chiamata a regolarla; poichè allorquando ci si accinge a determinare le conseguenze giuridiche che derivano dall'esercizio abituale in un dato territorio di atti di commercio, si presuppone che chi li pone in essere abbia la giuridica capacità per compierli validamente. Quindi la qualità di commerciante essendo cosa del tutto distinta dalla capacità di esercitare atti di commercio, è naturale che possa e debba essere regolata da una legge diversa.

Quanto poi al regolamento, propriamente detto, della capacità, il Diena giudica che non si debba derogare, nemmeno in materia commerciale, dall'applicazione dei principii generali circa la legge regolatrice della capacità delle persone. Ed a tale regola egli pensa che non si debba far eccezione nemmeno nell'ipotesi di un incapace straniero che avesse con manovre fraudolente, tratto in inganno l'altra parte circa la sua condizione giuridica. Se ad un tale straniero infatti si impedisce di prevalersi della sua incapacità fraudolentemente occultata, non si valuta già la di lui capacità alla stregua della legge territoriale anzichè di quella personale; ma, per ragioni di ordine pubblico, s'impedisce che, nel territorio dello Stato, derivino determinate conseguenze giuridiche dalle norme che circa la capacità degli individui sono contenute in una legge straniera.

(1) Anzilotti, *Studii critici* cit.; *Leggi interne in materia internazionale*, pag. 170, 171.

Tale ultima affermazione è, a dir vero, piuttosto sottile che persuasiva; ma vale, insieme coll'antecedente ragionamento del Diena, a dimostrare che, a di lui avviso, l'impero della *lex loci contractus* nei riguardi della capacità dev'essere tenuto nei più ristretti confini; e che, in ogni modo, la capacità a compiere atti di commercio non deve soggiacere nè a regole diverse nè a diverse eccezioni da quelle che imperano circa la capacità in genere, ogni qualvolta la diversità non risulti da una esplicita disposizione di legge (1).

262. — Nel diritto di successione era naturale non solo che nel nostro paese non mancassero le indagini particolari relative alle varie applicazioni del principio d'universalità e di personalità della successione, ma altresì che contro questo medesimo principio continuassero a farsi sentire quelle resistenze che fin dalle origini della moderna scuola italiana (2) si erano manifestate. Dai più si è continuato a considerare la dottrina della personalità della successione governata dalla legge nazionale, come una continuazione logica della dottrina del Savigny; si è considerata la legge del domicilio come sussidiaria in mancanza d'una cittadinanza nota del defunto; e la norma adottata si è giudicata universale, cioè applicabile, in ciascun paese dove positivamente imperi per opera del legislatore, tanto alle successioni dei nazionali quanto a quelle degli stranieri. La legge nazionale del defunto fu considerata pertanto come l'unica regola della successione nelle successioni intestate col solo limite delle disposizioni assolute e contrarie di ordine pubblico, vigenti negli altri paesi dove esistano in parte i beni del defunto, o dove comunque debba procedersi ad atti relativi al regolamento della di lui successione.

Nelle successioni testamentarie a quei due fattori del regolamento internazionale della successione se ne aggiunge un terzo, cioè alla legge nazionale di lui ed ai principii d'ordine pubblico operanti nei modi dianzi accennati, si aggiunge la volontà del defunto. Questa, nei limiti consentiti dalla legge nazionale, opera come genesi legittima delle disposizioni, e l'ordine pubblico come limite territoriale legittimo della loro attuazione uniforme in più territorii. Ora pare evidente che, adottata questa regola nella dottrina o nella pratica, la

(1) Diena, *Diritto comm. intern.*, vol. I, pag. 112, 115-117, 123, 124 e 125, 127 e 128.

(2) V. sopra, § 207, pag. 151, 152; § 235, pag. 199, 200.

stessa regola debba considerarsi, nell'orbita rispettiva dell'una e dell'altra, come assoluta; così che, concluda il giurista applicando le norme della dottrina, o il magistrato applicando quelle della legge positiva a quella dottrina informata, la successione considerata nel suo più ampio significato di universalità debba essere regolata secondo la più uniforme possibile applicazione della legge nazionale del defunto, badando soltanto a questa, e non alla situazione o situazioni diverse dei beni dove imperino eventualmente leggi diverse. In altre parole, poichè la dottrina del Savigny e quella della scuola italiana che la completa, prendono le mosse dal concetto della continuazione della persona del defunto nell'erede e della unità giuridica della successione, il loro principio fondamentale sarebbe smentito e il loro fine frustrato se dovessero poi approdare nell'ordine internazionale alla pluralità delle successioni d'uno stesso defunto.

Pure il Gabba combatte questo principio tanto nei riguardi della competenza, quanto in quelli della legge applicabile, quanto infine nei riguardi del concetto stesso della unità della successione nei rapporti internazionali. La sua critica è mossa all'articolo 8 del Titolo preliminare italiano e specialmente alla sua clausola finale: « di qualunque natura siano i beni ed in qualunque paese si trovino » (1), ma poichè il codice formula esattamente la dottrina della scuola italiana, e il Gabba nella critica che ne fa, si solleva, come è sempre suo costume, sopra il livello d'un semplice commento di legge, è opportuno riferirne il giudizio, come manifestazione d'una tendenza e d'una reazione che anche in questi rapporti lottano in Italia contro le dottrine della scuola italiana.

Quanto alla competenza, egli sostiene che taluni principii inconcussi ed universalmente riconosciuti s'impongono ai magistrati di ogni paese, i quali non possono permettersi di disconoscerli col pretesto che il legislatore del loro paese li abbia ignorati. « Ora, egli dice, è principio universale del diritto internazionale che nessun giudice estero possa arrogarsi di definire la situazione giuridica sia delle cose che nello Stato si trovano, sia delle persone che siano sudditi suoi; il che significa, rispetto alle cose in particolare, non potere un giudice estero..... definire l'attribuzione o distribuzione

(1) Gabba, *La clausola finale dell'art.* 8 *del Titolo preliminare del Codice civile italiano* nelle *Questioni di diritto civile*, vol. II, pag. 105-126. Torino, Bocca, 1898.

d'esse, come appunto accade nella successione ereditaria. Conseguentemente egli è certo che il giudice nazionale non può dichiararsi competente, nè quindi applicare la clausola finale dell'articolo 8 rispetto a beni mobili od immobili situati in estero Stato, senza offendere il diritto internazionale, senza menomare la sovranità territoriale forestiera. E dunque non rimane *neppure un caso* in cui il giudice italiano abbia la competenza, e quindi la possibilità, di applicare la clausola finale dell'articolo 8 ».

Una simile clausola, anche quando sia scritta in una legge, non è dunque suscettibile di applicazione così universale come risulterebbe dal suo concetto informatore e dal suo scopo, ed appunto perchè non suscettibile d'essere applicata, deve reputarsi come un *lapsus mentis* del legislatore e tenersi come non scritta, per effetto di quella massima (1) che: « quae ita scripta sunt ut intelligi non possint, perinde sunt ac si scripta non essent ».

Ma a ciò risponde egregiamente il Diena, sostenendo che l'articolo 8 deve essere considerato dai magistrati italiani non semplicemente come un incentivo per i legislatori stranieri ad adottare una norma reciproca, ma come un precetto legislativo obbligatorio per il magistrato italiano in tutti i casi, in cui concorrano gli estremi voluti dalla legge per poterlo applicare. Nè può accettarsi la distinzione propugnata dal Gabba secondo che si tratti di successione di straniero avente beni in Italia, piuttostochè di italiano avente beni all'estero, in quanto tale distinzione non risulta nè dalla lettera nè dallo spirito della legge (2). Al che può aggiungersi, in favore della competenza generica del magistrato di quel paese dove, secondo la legge vigente, sia la sede della successione, un altro argomento generale: che cioè ammessa in uno Stato la regola di diritto internazionale privato secondo la quale quel territorio debba considerarsi sede della successione, ne deriva di necessità la competenza del magistrato del medesimo Stato. Nè importa che una parte dei beni si trovino in altro territorio; poichè altro è il regolamento delle cose in sè, rispetto al quale è assoluto l'impero della legge della situazione, ed altro è il regolamento di rapporti privati complessi che possano esercitare la propria influenza su cose situate in varii territorii; nel qual

(1) Gabba, l. c., pag. 108-110.

(2) Diena, *Sulla legge regolatrice della capacità a succedere* (estratto dall'*Archivio giuridico*, vol. LVIII, fasc. 4-5, 1897, pag. 9-11, nota).

ultimo caso la cosa non è obbietto della disposizione di legge, ma elemento secondario d'un rapporto giuridico.

E tale argomento vale anche per rispondere all'altra critica del Gabba all'articolo 8 del Titolo preliminare, laddove egli giudica incomprensibile l'armonia di questi due termini: « legge italiana, e sua applicazione a beni sottoposti ad una sovranità estera ». Dal punto di vista della legge positiva la critica non può reggere, poichè il legislatore italiano dispone sulla legge della successione: « di qualunque natura siano i beni ed in qualunque paese si trovino ».

Ma il Gabba difende la propria critica argomentando dall'indipendenza degli Stati, che vieta a ciascuno di loro di dettare leggi intorno a ciò che negli altri Stati esiste od accade (1). Le disposizioni di legge d'un paese, egli dice, non possono aver efficacia se non che nel suo territorio; ciò deve dirsi anche delle disposizioni pertinenti al cosidetto *diritto internazionale privato;* è impossibile che una nazione sola emani leggi internazionali, e che un codice contenga leggi obbligatorie fuori del territorio del legislatore. Ne deriva dunque una legge che, a suo avviso, per l'impossibilità di rettamente interpretarla ed applicarla, deve intendersi come non scritta.

E per via di interpretazione dell'articolo 8, arrivano, rispetto ai beni non situati in Italia, alla medesima soluzione anche il Contuzzi (2) ed il Gianzana (3). Ma a ciò si può rispondere che, per negare in tal caso la competenza legislativa, bisogna modificare tutto il concetto del diritto internazionale privato. Fino a che questo non sia codificato per accordo di tutti gli Stati civili o d'un gruppo di essi, non può manifestarsi in ciascun paese se non che nella forma di legge interna in materia internazionale. Il legislatore dunque, codificando una o più norme di diritto internazionale privato, si sostituisce a quel legislatore universale che manca e che solo potrebbe emanare regole di diritto delle genti dovunque obbligatorie. Ma la sanzione d'una regola di diritto internazionale privato da parte d'uno Stato, significa anche che il legislatore di quello Stato ha voluto considerare un rapporto di diritto nel campo delle relazioni internazionali, e che in tali relazioni ha voluto determinare la sede unica di quel rapporto e la legge pure unica che a quel rapporto deve essere

(1) GABBA, l. c., pag. 105, 106, 110, 111.
(2) CONTUZZI, *Il Codice* ecc., pag. XXVII, XXVIII.
(3) GIANZANA, *Lo straniero*, vol. I, parte II, pag. 118 e seg. Torino, Unione Tip.-Editrice, 1884.

applicata. La regola codificata di diritto internazionale privato esce dunque dalla mente del legislatore come espressione di quella che il legislatore stesso ritiene non soltanto volontà propria nell'ordine interno, ma verità e giustizia nell'ordine internazionale. E pertanto quella regola è, nella mente del legislatore che la formula, e deve considerarsi dal magistrato che deve applicarla, come assoluta.

L'impossibilità di farla eseguire e rispettare in ogni altro territorio, è così evidente conseguenza della varietà delle leggi di diritto internazionale privato, che nessun legislatore può presumersene ignorante o così negligente da non averla preveduta. E se un legislatore, non ignorando la necessaria incapacità di quella regola di imporsi all'adozione d'ogni legislatore straniero ed all'applicazione dei magistrati di ogni altro paese, pur l'ha formulata come un comando, ciò indica la volontà di lui, che i suoi magistrati la applichino nel territorio a lui soggetto in tutta la integrità, senza badare agli ostacoli di esecuzione che il loro giudizio potrà incontrare in altro territorio dove cose pertinenti a quel rapporto giuridico siano situate.

L'applicazione della propria legge o di una determinata legge straniera secondo l'indicazione della nazionalità del defunto, è imposta in tal caso dal legislatore non per un motivo politico, ma per una ragione strettamente giuridica; perchè il rapporto di diritto, che in tal caso è la successione, vien considerato dal legislatore come una entità unica; perchè la sua sede è quella del paese del defunto; e perchè dalla legge di questa sede deve essere esclusivamente regolata.

Da tali indagini, da tali concetti che son peculiari al diritto internazionale, deriva per la regola di diritto internazionale privato un carattere assoluto, per cui diventa quanto mai intensamente è possibile, obbligatorio per il magistrato l'astenersi da ogni distinzione se, rispetto a quella, non ha distinto il legislatore. Che se poi un magistrato dovesse astenersi dall'applicare una regola di diritto internazionale privato vigente nel suo territorio, per ciò che in altri paesi la stessa applicazione non potrà farsene valere, molte altre parti delle codificazioni particolari di diritto internazionale privato dovrebbero intendersi come non scritte, dai magistrati che pure a quelle leggi sono soggette ed hanno l'obbligo di applicarle. Le regole ad esempio del diritto italiano circa la competenza, in ragione dell'antinomia colla regola di competenza eccezionale del diritto francese sancita nell'articolo 14 del Codice civile; e quelle che sottopongono la capacità per-

sonale alla legge nazionale, in confronto di quelle vigenti in altri paesi che la sottopongono alla legge del domicilio.

Alcuni Stati infatti stabiliscono normalmente che la legge del domicilio debba ritenersi legge personale, altri che quella o la legge della residenza debba intendersi legge della persona eccezionalmente rispetto ad una parte del diritto delle obbligazioni. Ora se una legge stabilisce che per i contratti commerciali stipulati nel territorio, la capacità sia determinata per tutti i contraenti, senza distinzione di origine, dalla legge territoriale, il contraente straniero, rispetto a quella capacità speciale e secondo la legge vigente in quel territorio, non è meno soggetto a quel legislatore di quello che gli siano soggette le cose situate nel territorio dello Stato. E se la legge di questo Stato relativa alle cose ed alla loro disposizione, dovesse ritenersi tale da impedire ad un magistrato straniero di estendere a quelle cose la legge del suo paese, anche per i rapporti di diritto soggetti a questa ultima legge e per i giudizi che debbano darne i magistrati di quello Stato, la stessa ragione imporrebbe che alle obbligazioni di un nazionale non si applicasse la legge nazionale nei riguardi stessi della capacità ogni qualvolta questo nazionale avesse contrattato all'estero, in territorio dove la legge vigente volesse sottoporre la capacità dei contraenti al diritto in vigore nel luogo della loro residenza.

In tal caso i magistrati di ciascun paese dovrebbero applicare ai rapporti di diritto internazionale privato, non più la regola vigente nel loro territorio, ma bensì tutto un diritto comparato che abrogherebbe in quel territorio, indipendentemente dalla volontà del legislatore, una parte del diritto vigente. Poichè ragionando così si finirebbe col privare della loro efficacia non quella soltanto, ma molte altre norme di diritto internazionale privato.

E infatti, ragionando così, il Gabba arriva a negare la unità del regolamento internazionale della successione (1). Egli considera l'unità del patrimonio ereditario come un concetto astratto che ciascuno Stato applica ai beni ereditarii situati nel proprio territorio, « poichè di questi solo egli può darsi pensiero, se anche di fatto altri beni siano stati lasciati dal medesimo defunto in altri paesi ». « E veramente, aggiunge, fintantochè gli Stati non si saranno accordati ad adottare anzitutto il principio della unicità del giudizio ereditario, si potrà sempre dire che, *quot territoria, tot haereditates* ». La qual cosa,

(1) L. c., pag. 120.

per le ragioni anzidette, non si può ritener vera rispetto a tutti quei territorii dove esista una regola simile a quella sancita dal nostro codice e dove il legislatore non abbia fatto, come ha fatto appunto il codice tedesco (1), una riserva per le cose situate all'estero e sottoposte dalla legge della situazione a norme speciali. Quando una tale distinzione o riserva non esista nella legge, il magistrato deve applicare la disposizione vigente nel suo territorio senza fare distinzioni; e tanto più deve far così se trattasi di una regola di diritto internazionale che, appunto perchè tale, interessa di necessità l'ordine pubblico dello Stato che l'ha sancita.

È poi naturale che, ammettendo la unità della successione governata dalla legge nazionale del defunto, non si possa esigere che ne sia del tutto assoluto l'impero; ma si debba limitarlo, quanto ai suoi effetti negli altri paesi, sia colle eccezioni dell'ordine pubblico, rispetto a tutta la successione ed ai singoli rapporti successorii, sia colle regole vigenti nel luogo della situazione delle cose rispetto alla perfezione della loro trasmissione, sia pur talora colle disposizioni della stessa legge personale degli eredi.

Quest'ultima legge deve sempre prevalere quanto alla determinazione dello stato personale e della capacità di agire del successibile. Lo stato personale, per stabilire, rispetto a quel determinato individuo, se egli si trovi fra le persone chiamate a succedere al defunto. La capacità d'agire, cioè la capacità di accettare l'eredità o il legato con o senza bisogno di speciale autorizzazione. Inoltre le *indegnità* che derivano da fatti volontariamente compiuti da chi pretenda esercitare la qualità di erede o di legatario, devono poter dedursi tanto dalla legge personale del defunto, quanto da quella dell'erede. E ciò, secondo il Diena che ha esaminata con acume la questione (2), perchè d'un lato la indegnità è strettamente attinente alla successione, ma dall'altro, in quanto derivi dalla legge nazionale dell'erede, essa crea,

(1) Art. 28 dell'*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche:* " Die Vorschriften der Artikel 15 (eheliche Güterrecht), 19 (Rechtsverhältnisse zwischen Eltern und ehelichen Kindern), des Artikel 24 abs. 1, 25 (Erbrecht) und 27 (Rück und Weitererweisung) finden keine Anwendung auf Gegenstände, die sich nicht in dem Gebiete des Staates befinden, dessen Gesetze nach jenen Vorschriften massgebend sind, und die, nach den Gesetzen des Staates in dessen Gebiete sie sich befinden, besonderen Vorschriften unterliegen ".

(2) Diena, *Sulla legge regolatrice della capacità di succedere*, opusc. cit., v. spec. pag. 37, 38, 47 e 48.

in ragione di un fatto da lui compiuto volontariamente ed avente per lo più carattere delittuoso, una vera e propria, quantunque speciale, incapacità giuridica.

263. — Era naturale che la capacità a contrarre matrimonio venisse presa in esame secondo le regole generali adottate in materia di capacità considerata, sia in sè, sia nei riguardi della legge vigente nel luogo dell'atto; e che delle forme del matrimonio si giudicasse secondo quest'ultima legge, abbandonando (1) ogni applicazione di nullità dipendente da frode della legge, nel caso di sudditi di uno Stato che celebrino il matrimonio in altro paese per evitare una forma considerata dalla legge patria come sostanziale. Anche in tal caso l'impero della legge personale non è, a dir vero, limitato o misconosciuto, ma è impedito a quella legge di trascendere a dominare materie che non sono di sua competenza.

Gli impedimenti assoluti a contrarre matrimonio, che sono connessi coll'ordine pubblico, avranno poi in ciascun territorio un effetto assoluto positivo e negativo contro l'applicazione della legge personale dello straniero. Se questo è colpito nel suo paese da tale incapacità speciale dipendente, ad esempio, dagli ordini sacri, potrà ciononostante contrarre validamente matrimonio in paese estero dove tali impedimenti non siano conosciuti e la loro perpetuità sia riprovata dalla legge. Se invece in un paese la legge sancisce una tale incapacità, il matrimonio vi sarà pur impedito a quelli stranieri che si trovassero nelle condizioni prevedute dalla legge locale per quelle incapacità, anche se tali incapacità non potessero esser fatte derivare a carico loro dalla rispettiva legge personale (2).

Legge del matrimonio, nel senso di regolatrice giuridica della vita matrimoniale, è quella del capo della famiglia, limitata e modificata eventualmente in taluno dei suoi effetti da quella del paese dove la famiglia risiede (3). La quale regola, appunto per il carattere essenzialmente unitario del matrimonio, deve applicarsi, oltre che ai rapporti personali, anche a quelli patrimoniali dei coniugi (4).

(1) V. pag. 204, 205.

(2) Olivi, *Du mariage en droit international privé*, pag. 17 (estratto dalla *Rev. de dr. int. et de lég. comparée*, vol. XV, fasc. 3 e 4).

(3) Olivi, l. c., pag. 10.

(4) Fiore, *Della legge che deve regolare il regime dei beni dei coniugi stranieri secondo i principii del diritto internazionale privato* (estratto dal *Progresso giuridico*, anno I, fasc. II, pag. 3. Napoli, Nobile, 1896); *Diritto intern. privato*, 3ª ediz., vol. II, pag. 133-135 e 137-140.

Non manca chi giudica questi rapporti come materia di un contratto qualunque, soggetto, anche nelle relazioni internazionali, alla legge competente per il regolamento dei contratti. Ma continua però a prevalere nel nostro paese la dottrina che nei patti matrimoniali e in genere nei rapporti patrimoniali fra coniugi, ravvisa una dipendenza del diritto famigliare, soggetta, come tutto il diritto famigliare, nei limiti consentiti dall'ordine pubblico, alla legge personale del capo della famiglia. Sicchè secondo questa legge e non secondo quella del contratto, dovrà giudicarsi della mutabilità o immutabilità delle convenzioni matrimoniali.

Da altri però si arriva a giudizio un po' diverso, in parte per la diversità delle conclusioni, e in parte per la diversa motivazione di regole pur conformi a quelle della scuola italiana. Si considera infatti da taluno prevalente nei rapporti patrimoniali dei coniugi il carattere contrattuale (1); ma per effetto di questo carattere contrattuale il conrtatto tacito sarà, secondo altri, riferito non già al luogo del matrimonio o a quello del domicilio della famiglia, ma al territorio nazionale del capo della famiglia stessa, la quale legge nazionale pertanto viene per altra guisa ed indirettamente a riavere il sopravvento (2).

Ma secondo il concetto prevalente nella scuola italiana, la mutabilità o immutabilità delle convenzioni matrimoniali dipende dalla legge personale della famiglia; mentre se si considera prevalente nelle relazioni patrimoniali dei coniugi il rapporto contrattuale, anche la facoltà di modificarle dovrebbe considerarsi una dipendenza della legge del contratto, e varierebbe nei casi di contratto espresso e in quelli di contratto tacito, ed anche in questi ultimi casi si dovrebbe ammettere od escludere secondo che si riportasse la sede del contratto tacito al luogo del matrimonio od a quello cui appartiene per cittadinanza il marito (3). Nei terzi Stati poi i coniugi appartenenti a paesi dove non sia vietato di modificare le convenzioni matrimoniali, potrebbero modificarle anche se la legge territoriale ne facesse divieto, ma gli effetti del mutamento non sarebbero riconosciuti in tali territorii in quanto fossero contrarii alle leggi locali di ordine pubblico, corrispondendo ad una effettiva sottrazione delle garanzie dei terzi (4).

(1) Ottolenghi, *Il regime patrimoniale dei coniugi stranieri* (estratto dal giornale *La Legge*, anno XL (1900), vol. I, n. 18); Corte d'appello di Palermo, 10 luglio 1899 (*Legge*, 1899, vol. II, pag. 519).

(2) Ottolenghi, l. c., pag. 11, 12-14, 15.

(3) Ottolenghi, l. c., pag. 15-19.

(4) Ottolenghi, l. c., pag. 21-25.

Tali conclusioni non mi sembrano tutte degne di approvazione, ma sono pur esse un esempio di quelle indagini analitiche per cui le norme ammesse dalla scuola italiana, sono sottoposte ad un nuovo esame dal quale escono o in parte modificate o in parte giustificate con nuovi argomenti.

264. — In materia di divorzio è opinione prevalente in Italia (1) che la legge la quale lo vieta sia estraterritoriale, come legge personale, per i sudditi, e assolutamente territoriale, come dipendente dall'ordine pubblico, per gli stranieri: così che nè un cittadino di tali Stati possa validamente divorziare all'estero, nè verun forestiero possa ottenere il divorzio nel loro territorio. Tale soluzione non pare logica nè conforme al concetto stesso fondamentale del diritto internazionale privato, che è quello di eliminare possibilmente i conflitti anzichè provocarli. E si provocano fuor d'ogni dubbio i conflitti se, legiferando circa una sola materia, si attribuisce alle proprie norme un carattere assolutamente imperativo, che poi si misconosce nelle disposizioni corrispondenti delle leggi degli altri paesi. Perciò parmi meritevole di piena approvazione quanto scrive su questo argomento l'Olivi (2). Se si vuol far prevalere nella legge che regola il matrimonio il concetto dell'ordine pubblico, come avviene appunto ora nelle legislazioni degli Stati civili, egli ritiene che due coniugi appartenenti a paesi la cui legge condanna il divorzio debbano aver facoltà di divorziare in un altro paese dove la legge lo ammetta; e che per converso ai coniugi la cui legge lo ammetta debba essere vietato di ottenerlo in uno Stato la cui legge sancisca la indissolubilità del matrimonio. In teoria però l'Olivi preferirebbe considerare le leggi regolatrici del matrimonio come principalmente personali, e pertanto vietare dovunque il divorzio dei coniugi cui la legge nazionale lo vieti, ed ammettere dovunque a domandarlo i coniugi cui la legge nazionale lo conceda (3).

La seconda soluzione dell'Olivi è certo preferibile; ma entrambe hanno il merito di eliminare quel doppio carattere, personale per i sudditi e territoriale per gli stranieri, che si suole attribuire alla legge vietante il divorzio; e che mentre deriva nella dottrina da un imperfetto giudizio dei caratteri dell'ordine pubblico, riesce nella pratica una causa irreparabile di conflitti.

(1) V. sopra, § 238, pag. 206-208.
(2) Olivi, *Du mariage en droit intern. privé*, op. cit., pag. 57, 58.
(3) Cfr. Laurent, *Dr. civ. intern.*, vol. V, n. 133, pag. 280.

In quanto poi il divorzio sia vietato in un paese e il divieto vi sia ritenuto di ordine pubblico, può domandarsi se sia lecito dichiararvi esecutiva una sentenza di divorzio validamente pronunciata dal magistrato di un altro paese. Molti ritengono che ciò sia ammissibile, perchè non si tratta in tal caso di pronunciare il divorzio fra cittadini, e nemmeno di pronunciarlo nel territorio fra stranieri, ma soltanto di riconoscere nel territorio uno stato di diritto formatosi e completatosi fra stranieri all'estero (1).

Il Fusinato è di contrario avviso, perchè se l'*exequatur* è necessario, ciò significa che, senza di questo, il divorzio pronunciato all'estero è come non esistente nel territorio, e che soltanto l'*exequatur* gli conferisce nel territorio quell'efficacia che altrimenti gli mancherebbe. Sicchè non può dirsi che il giudice territoriale si limiti in tal caso a riconoscere una entità giuridica già perfezionatasi all'estero, ma deve ammettersi piuttosto che lo stesso giudice le conferisca positivamente gli elementi che le mancano per completarla e renderla del tutto efficace nel territorio (2).

Ed a più forte ragione, partendo dal punto di vista dell'ordine pubblico, egli critica quei magistrati di un paese dove il divorzio sia vietato, che lo pronunciano fra stranieri cui la legge personale lo consenta (3). Tale è l'opinione comune in Italia; e quasi generalmente vi si ammette che non possa pronunciarsi il divorzio, nemmeno fra stranieri, in territorio dove questo sia vietato. I più ammettono però, contro l'opinione del Fusinato, che il divorzio legalmente pronunciato fra stranieri all'estero, si debba riconoscere ed eventualmente dichiarare esecutivo anche dove la legge vieti al magistrato locale di pronunciare nel territorio una sentenza di divorzio.

Ma il caso non par più tanto semplice quando si tratti di sudditi di quest'ultimo paese espatriati esclusivamente per ottenere il divorzio, e poi ritornati nel paese d'origine invocando il divorzio altrove ottenuto e domandandone il riconoscimento. In tal caso il Fedozzi (4)

(1) Fiore, *Foro It.*, 1891, I, 1254, nota; Gabba, *Foro It.*, 1885, I, 179, nota; Filomusi Guelfi, *Foro It.*, IX, fasc. 9-10.

(2) Fusinato, *Divorzio pronunziato all'estero;* nota alla sentenza della Corte d'appello di Milano, 13 ottobre 1891 (*Giurisprudenza italiana*, 1892, I, 2, 154).

(3) Fusinato, *Questioni di diritto intern. privato.* Torino, Unione Tip.-Editrice, 1884 (estratto dalla *Giurispr. Italiana*).

(4) Fedozzi, *Il divorzio ottenuto da cittadini italiani in frode alle leggi italiane* (*Temi Veneta*, 1° aprile 1900).

non dubita di ritenere a torto concessa la esecutorietà della sentenza straniera di divorzio, essendo a suo avviso evidente la frode della legge. E tale frode non apparisce, secondo il di lui giudizio, nella naturalizzazione domandata in un nuovo Stato, ma bensì nella domanda presentata poi nello Stato d'origine per ottenervi l'esecuzione di quella sentenza di divorzio che si è conseguita nello Stato di adozione (1). Il Buzzati (2) non ammette in tal caso la esistenza della frode, allontanandosi in ciò dall'opinione del Gabba (3) e da quella del Fedozzi; e sostiene l'assenza tecnica della *fraus legis* con ottimi argomenti; ma nonpertanto nega che si possa concedere in simili casi l'esecutorietà della sentenza straniera di divorzio. A tale conclusione è indotto perchè torna a generalizzare il divieto, come avea fatto il Fusinato, ritenendo che la sentenza straniera di divorzio non possa mai ottenere esecutorietà nei paesi dove il divorzio sia condannato dalla legislazione vigente; e ciò indipendentemente dall'origine delle persone fra le quali tale sentenza sia stata pronunciata.

È la sentenza straniera in sè che non è, secondo il Buzzati, suscettibile di esecuzione in tale territorio, per le stesse ragioni per cui la legge straniera che ammette il divorzio non vi può essere direttamente applicata dai magistrati, i quali, anche nel primo caso, sarebbero cooperatori del magistrato straniero per l'applicazione indiretta nel proprio territorio di una legge che il legislatore del loro paese riprova. « Se la sentenza, dice il Buzzati (4), è stata provocata e resa per essere eseguita, e se la esecuzione sua è possibile solo o principalmente » in un determinato territorio straniero, « mi pare sia d'una evidenza elementare che la efficacia concessale » in quel paese straniero, « è non solo un effetto diretto, ma il solo o almeno il principale effetto diretto suo ». Egli non ha dunque bisogno di ricorrere alla frode della legge, che è contestabile, per combattere l'esecutorietà d'una specie di sentenze straniere di divorzio, perchè tutte le sentenze straniere di divorzio gli appariscono destituite delle

(1) Fedozzi, *La frode alla legge nei rapporti di diritto internazionale privato*, cap. XVII, pag. 112-114. Torino, Bocca, 1900 (estratto dalla *Rivista Italiana per le scienze giuridiche*, vol. XXX, fasc. 1° e 2°).

(2) Buzzati, *Efficacia in Italia delle leggi straniere di divorzio* (estratto dai *Rendiconti* del Regio Istituto Lombardo di Scienze, Lettere ed Arti, serie II, vol. XXXIII, 1900).

(3) Gabba, *Nota* alla sentenza della Corte d'appello di Modena, 12 aprile 1898 (*Giurispr. Ital.*, 1899).

(4) L. c., pag. 19.

qualità necessarie per poter essere applicate dove la legge sia contraria al divorzio; e ciò per il principio più generale della tutela dell'ordine pubblico.

A questo le decisioni della dottrina e della pratica molto più concordemente si uniformerebbero, se la legge contraria al divorzio non fosse più considerata, dov'è in vigore, nel tempo stesso che territoriale, anche nei riguardi degli stranieri, per la tutela dell'ordine pubblico, anche personale nei riguardi dei cittadini all'estero; e non diventasse in tal guisa, per il duplice carattere attribuito al suo divieto, così eccessiva, contro ogni ragione di diritto internazionale privato, da indurre poi e dottrina e giurisprudenza a temperarne gli effetti nella pratica con eccezioni sofistiche od arbitrarie.

265. — Tutto quanto son venuto finora notando, è troppo incompleto per dare un'idea adeguata dell'operosità scientifica italiana contemporanea in materia di diritto internazionale privato. Sarà però sufficiente a ben delineare i caratteri di quella che comunemente è designata come *scuola italiana*, ed a ben determinare il posto che le compete nello sviluppo dottrinale e pratico del diritto internazionale privato contemporaneo.

Fin da principio la scuola italiana procede in continuità di pensiero col Savigny della cui opera, l'opera dei moderni giuristi italiani può dirsi una continuazione. Fin da principio il concetto della legge nazionale vi è accolto, mutato, come dovea essere, in quello della legge dello Stato cui la persona dei diritti o dei rapporti della quale si tratta, appartiene. Fin da principio la legge nazionale non v'è considerata nè unica nè precipua base della sua dottrina, ma soltanto uno dei suoi varii elementi, limitato dai due altri elementi della dottrina del Savigny: l'autonomia individuale e i diritti e gli interessi dei singoli Stati. Fin dai primordii, anche nei rispetti del principio di nazionalità, non mancarono i dissidenti, talora timidi, talora decisi ed assoluti. Ma l'accordo di tali dissidenti colla scuola italiana in molte delle sue norme e delle sue deduzioni, dimostra una volta di più che quel principio cosidetto di nazionalità, da cui dissentivano, non era nè la sola nè la preponderante caratteristica dottrinale della scuola italiana.

I fautori più recenti di questa scuola, i giuristi cioè che ne accettarono i principii fondamentali, non dimostrarono poi nè fra loro nè coi loro predecessori, una completa identità di conclusioni particolari. Scesero coll'esame ad indagini minute che ai loro predecessori erano

sfuggite; analizzarono pazientemente le ragioni d'applicazione delle singole regole ad ogni caso particolare; indicarono nei singoli istituti e rapporti, pur soggetti ad un principio di diritto internazionale privato, il parziale, per quanto ristretto, dominio che vi può competere ad un principio contrario, con una specie di analisi quantitativa della competenza della legge; riesaminarono, non senza profitto, la dottrina dell'ordine pubblico; e accrebbero così l'opera e i risultati d'una scuola la cui efficacia continuava a farsi sentire sempre più anche nella dottrina e nella legislazione degli altri paesi.

CAPITOLO DODICESIMO

CONTROVERSIA SULL'ORDINE PUBBLICO ED ULTIMI SVILUPPI DELLA DOTTRINA DEL SAVIGNY

266. Carlo Brocher. — 267. Francesco Laurent. — 268. Punti d'accordo e di disaccordo fra loro. — 269. Dottrina del Laurent e suoi rapporti con quelle del Savigny e della Scuola italiana; concetti della persona e dell'ordine pubblico. — 270. Il principio di nazionalità nella dottrina del Laurent; suo carattere speculativo. — 271. Missione dell'insegnamento. — 272. Critica del Brocher al Laurent ed alla Scuola italiana. — 273. Come si difenda il Laurent. — 274. Difetti della dottrina dell'ordine pubblico nell'opera del Savigny ed in quella dei seguaci del principio di nazionalità; dissidio fra l'Esperson ed il Laurent. — 275. Dottrina del Brocher; principii generali; concetto della competenza. — 276. Missione della scienza secondo il Brocher. — 277. Suo accordo col Laurent circa la necessità e l'ufficio dei trattati internazionali. — 278. Basi della dottrina secondo il Brocher; analogia fra il suo concetto della competenza e quello del Savigny. — 279. Partizione della materia nel trattato del Brocher e suoi concetti fondamentali dell'ordine pubblico. — 280. Analisi della dottrina del Brocher: I. Persone individualmente considerate. — 281. II. Beni: *A*. Beni considerati in sè stessi; accordo col Savigny e colla Scuola italiana. — 282. *B*. Patrimonio; altri punti d'accordo. — 283. III. Fatti giuridici: *A*. Il possesso. — 284. *B*. Forma esterna degli atti; prove e presunzioni. — 285. *C*. Volontà umana e volontà della legge. — 286. *C'*. Applicazione delle distinzioni del Brocher alla validità intrinseca ed alla validità legale; confronto coll'applicazione dei criterii del Savigny alla stessa materia. — 287. *C''*. Applicazione al senso ed alla portata della volontà manifestata dalle parti. — 288. *D*. Termine prefisso e prescrizione liberativa. — 289. IV. *a*) Famiglia; sua influenza sulle persone; matrimonio, figliazione e tutela; nuove analogie fra il Brocher e la Scuola italiana. — 290. *b*) Famiglia; sua influenza sui beni; regime matrimoniale; successioni, testamenti; volontà della legge sostituita in questi ultimi alla volontà tacita della persona; ipoteca legale ed usufrutto legale. — 291. V. Patria. — 292. Voti per la conclusione di trattati internazionali; caratteristiche del Brocher e suo seguito in Italia. — 293. Conclusione circa il Brocher; egli non è sostanzialmente avverso nè al Savigny, nè alla Scuola italiana, ma continua e completa la dottrina dell'uno e dell'altra; sua originalità nel metodo e nella dottrina dell'ordine pubblico. — 294. Necessità generalmente riconosciuta di un limite all'applicazione delle leggi straniere. — 295. Apparenti divergenze: il Vareilles Sommières e il suo ritorno alla dottrina degli statuti. — 296. Il Kahn; suo concetto del sistema di diritto internazionale privato. — 297. Sua critica della dottrina dell'ordine pubblico; parziale equivalenza della dottrina da lui sostituita. — 298. Giustificazione generica del limite d'ordine pubblico; conseguenze di varietà specifiche nelle sue applicazioni. — 299. Difficoltà di una formula precisa e

varietà di formule nel diritto positivo. — 300. Concetto fondamentale dell'ordine pubblico e del limite che vi corrisponde. — 301. Sua giustificazione e sua denominazione più corretta ed opportuna. — 302. Come debba ed in qual senso possa circoscriversi il limite d'ordine pubblico. — 303. Carattere attuale del limite d'ordine pubblico. — 304. L'ordine pubblico interno e l'ordine pubblico internazionale. — 305. Obbiezioni mosse a tale distinzione e loro inconsistenza. — 306. Carattere imperativo ed assoluto del limite d'ordine pubblico. — 307. Suo criterio di espansione: l'applicazione del diritto straniero, e l'ammissione delle conseguenze del diritto straniero già applicato all'estero. — 308. Effetto diretto ed effetto riflesso delle leggi di ordine pubblico. — 309. Distinzione degli effetti restringente ed espansivo e sua critica. — 310. Contenuto dell'ordine pubblico: il sistema di diritto internazionale privato. — 311. Applicazione della dottrina dell'ordine pubblico ai conflitti di qualificazione. — 312. Le leggi di indole morale. — 313. Le leggi di indole politica. — 314. Le leggi relative alla costituzione economica dello Stato e della Società. — 315. Leggi civili di carattere essenzialmente politico e giuridico; dottrina del Bustamante; obbiezioni a tale categoria. — 316. Dottrina del Zitelmann: il limite di ordine pubblico, considerato in un ipotetico sistema ideale di diritto internazionale privato. — 317. Il limite di ordine pubblico considerato nei rapporti concreti della società internazionale contemporanea. — 318. Analisi delle sue cause e delle sue manifestazioni: impedimenti d'ordine morale all'applicazione delle leggi straniere. — 319. Impedimenti derivanti dal carattere assoluto delle norme imperative o proibitive del diritto territoriale, o da una norma di diritto internazionale. — 320. Competenza del magistrato nella determinazione e nell'applicazione di tali clausole eccezionali. — 321. Risultato relativo al concetto fondamentale dell'ordine pubblico. — 322. Importanza dell'opera del magistrato nel definirlo e nell'applicarlo. — 323. Il limite d'ordine pubblico in rapporto col sistema del diritto internazionale privato.

266. — Durante l'ultima parte del secolo XIX gli studii del diritto internazionale privato non solo venivano dovunque progredendo, ma manifestavano nel loro progresso una sempre maggiore armonia di sviluppo, sicchè potea parlarsi sempre più a ragione di una dottrina europea del diritto internazionale privato. Il maggiore impulso di progresso gli era venuto, verso la metà del secolo, dalla Germania; quel progresso era continuato più operoso che altrove in Italia; eppure, mentre il secolo declinava, taluni dei più preziosi contributi che si aggiungevano ad un patrimonio già ricco, non venivano nè dalla Germania nè dall'Italia, ma organicamente si collegavano agli studii che qua e là fiorivano ed ai loro risultati. Tale era il caso delle opere del Brocher e del Laurent.

Quantunque apparisca profondo il dissidio di questi due giuristi, pure essi hanno molti punti di contatto, e vien fatto di parlarne nello stesso capitolo più ancora per causa del patrimonio scientifico comune ad entrambi, che non a motivo della controversia che li divide.

Erano quasi coetanei: il Laurent nacque nel luglio del **1810**, il Brocher nell'aprile del **1811**. Quest'ultimo studiò a Ginevra, a Berlino e ad Heidelberg, fu discepolo del Savigny, e, dopo essere passato per i primi gradi della magistratura ed aver esercitata la professione di avvocato, divenne consigliere alla Corte di cassazione e professore di diritto civile all'Accademia di Ginevra. Scrisse molti lavori speciali di diritto civile e cominciò ad occuparsi, nella *Revue de droit international et de législation comparée*, nelle questioni attinenti al diritto internazionale privato, iniziandovi quella polemica circa la dottrina della scuola italiana, che, sviluppata poi nel suo trattato (1), andò finalmente a colpire in modo più diretto, con un articolo critico (2), l'opera scientifica del Laurent.

267. — Quest'ultimo se n'era già difeso in parte prima ancora di conoscere tale attacco; nè forse altri più di lui era fornito di tutte le doti necessarie per studiare, con intenti nel tempo stesso scientifici e pratici, un tale ordine di problemi. Di lui si potrebbe ripetere ciò che il Macaulay disse del Ranke: che la sua mente era atta così alle più minute ricerche come alle più alte speculazioni. Professore all'Università di Gand fino dal **1836**, non v'è parte dello sviluppo morale delle società umane ch'egli non abbia indagato collo sguardo profondo; dalla *Histoire du droit des gens et des rélations internationales* così originale per vastità di vedute e per purezza di fede, alle questioni agitanti la società contemporanea circa i rapporti fra Chiesa e Stato; dai *Principii di diritto civile* esposti in **33** volumi, fino all'esame di questioni specialissime come quella dell'arresto per debiti. Una mente di tal natura, addestrata da un tale indirizzo di studii, doveva riuscire specialmente atta allo studio del diritto internazionale privato. Questa scienza infatti si distingue forse da tutte le altre discipline giuridiche per la vastità dei suoi orizzonti non meno che per i precisi e ristretti limiti delle sue applicazioni pratiche. Essa abbraccia collo sguardo tutti i rapporti tra privati di tutto il mondo, ma deve dare una regola sicura all'individuo che esca comunque colla persona o cogli atti dai confini del proprio territorio; essa trova la propria ragione di esistere negli assiomi più generali del diritto pubblico, ma deve dirimere i conflitti colle distinzioni minute del diritto privato; e mentre siede arbitra fra le nazioni per

(1) *Nouveau traité de droit intern. privé.* Genève-Paris 1876.
(2) *Rev. de dr. int. et de lég. comp.*, 1881, vol. XIII, n. VI, pag. 531-570.

delimitare nei rapporti civili l'autorità sovrana e legislativa dei popoli e dei re, deve insegnare all'individuo come possa ammogliarsi validamente in terra straniera, e dare ai sindaci di un fallimento le norme per liquidare in un territorio straniero la sostanza del fallito.

Il Laurent dimostra appunto in tutte le opere una perspicua precisione di pensiero unita con quella dote della comprensività che non è una delle caratteristiche dell'odierno indirizzo scientifico e che pur dovrebbe manifestarvisi come il temperamento necessario a quella specializzazione di studii che è un altro dei tratti salienti dell'epoca nostra.

Se infatti il senso della connessione logica non facesse studiare la biografia in relazione a quello che volgarmente si chiama l'ambiente, e considerare la storia di un'epoca quale successione agli antecedenti e precorritrice dei susseguenti, ed una famiglia di aracnidi o di vermi della terra in rapporto colla formazione del suolo coltivabile e coll'azione complessiva delle leggi della natura, si riprodurrebbe nel campo del pensiero lo spettacolo delle piccole e superbe solitudini che hanno divisa la vita politica dell'epoca feudale; la divisione del lavoro scientifico avrebbe allora raggiunto quelle ultime conseguenze raffigurate nella leggenda della Torre di Babele; i lavoratori non s'intenderebbero più ed il volgo non saprebbe più rendersi ragione dell'importanza del loro lavoro.

Molti però, tentando di seguire nei proprii studii un tale indirizzo, non hanno l'ala abbastanza robusta e precipitano nella volgarità. Il Laurent invece sapeva manifestare un'eguale eccellenza così nello studio del proprio oggetto immediato, come in quello dei suoi più indiretti rapporti; ed ogni oggetto delle sue indagini gli appariva, per dir così, completo come un piccolo mondo. Eppure le cause che lo indussero a studiare specialmente un tale argomento, furono del tutto particolari e quasi accidentali.

Anzitutto egli riscontrava una lacuna in quella parte dei proprii *Principii* di diritto civile nella quale aveva parlato degli statuti (1). Frattanto il ministro della giustizia del Belgio lo incaricava di compilare il Titolo preliminare al progetto di revisione del Codice civile. Più tardi l'Istituto di diritto internazionale prendeva a trattare l'argomento del diritto internazionale privato; e la Commissione speciale

(1) Laurent, *Droit civil international*, Avant-Propos, pag. VII. Paris, Marescq, 1880.

pel diritto e per la procedura civile ritardava di uno o due anni la presentazione di certe conclusioni per aspettare appunto da lui uno studio speciale, una specie di rapporto sui têmi particolari proposti alle discussioni dell'Istituto, al quale rapporto si sapeva che egli appunto allora stava attendendo. Ma infine la Commissione, dopo aver molto aspettato, si decideva a presentare ugualmente le proprie conclusioni, senza che l'Istituto avesse ricevuto nulla di quanto attendevasi dal Laurent.

Gli è che questo socio dell'Istituto, sospettato forse allora di negligenza, si era messo a studiare a fondo quella parte del diritto, e dopo aver cominciato per scrivere un rapporto, aveva finito col fare un trattato, il più considerevole, a giudizio dello stesso Brocher (1), di quanti ne fossero stati scritti sull'argomento. « Chiedo perdono, scrisse egli allora (2), ai miei colleghi dell'Istituto per non aver preso parte ai loro lavori; pago oggi il mio debito ». Nè mai debito fu pagato con esuberanza pari alla sua.

268. — Ora io cercherò di esporre brevemente le principali conclusioni del Laurent e del Brocher, procurando di dedurne un concetto esatto delle vere discrepanze esistenti fra questi due giureconsulti. Vedremo in gran parte riprodursi in un campo un po' più vasto quelle divergenze, apparenti piuttostochè effettive, e quell'armonia nella sostanza, che ci hanno fatto ravvisare due fasi di uno stesso sviluppo logico, nella dottrina del Savigny e in quella della scuola italiana e in quelle stesse del Savigny e del Wächter. Prendendo in esame i singoli risultamenti dei loro studii vedremo per ultimo quanti di quelli si possano, per dir così, ridurre allo stesso denominatore, ed a qual *minimum* debbansi limitare, per restare nel vero, i punti del loro disparere.

Essi hanno entrambi comune il punto di partenza. Mentre il Savigny cerca di far derivare le proprie regole dal diritto romano; mentre gli Italiani sono ormai più o meno legati ad un testo positivo dal Titolo preliminare del Codice civile; essi invece, riconosciuto che, nel diritto positivo generale, poche regole sono assodate, trattano la materia dal punto di vista filosofico applicando la retta ragione allo studio della natura delle cose. Fra i due elementi più importanti della dottrina del Savigny, nel Laurent troviamo predominante l'uno,

(1) *Revue de droit intern. et de lég. comp.*, 1881, vol. XIII, n. VI.
(2) LAURENT, op. cit., vol. I, n. 450, pag. 665.

nel Brocher l'altro; il Laurent trae i principii del maestro circa lo statuto personale e la sottomissione volontaria all'ultimo limite oltre il quale si arriverebbe alla personalità assoluta delle leggi; il Brocher, passando dall'esame della sede d'ogni rapporto, alla ricerca della sede d'ogni singolo elemento dei varii rapporti di diritto, porta il metodo del Savigny a quell'ultimo limite oltre il quale si cadrebbe nella casistica.

269. — L'opera del Laurent si dimostra, più che con qualunque altra, in armonia con quella della scuola italiana. Egli stesso constata con piacere d'essere arrivato agli stessi risultamenti dei nostri giureconsulti, prima di aver avuto conoscenza dei loro lavori (1); e bèn a ragione ravvisa in tale coincidenza una prova importantissima della universalità di certi principii fondamentali che si manifestano in una data epoca, anche quando gli uomini che li seguono non abbiano personalmente rapporti fra loro (2). Confrontando le due parti del diritto internazionale, egli riconosce nel privato tutti quei caratteri di esistenza attuale che mancheranno nel diritto internazionale pubblico finchè la forza, anzichè la giustizia, continuerà a decidere le contese dei popoli. Nel diritto internazionale privato invece, non sono più in causa le nazioni, ma gli individui; non è più la guerra che decide, ma la magistratura. Da ciò non deriva però che l'esistenza del diritto internazionale privato possa dirsi ancora completa. Ciò che genera dissidii ogni giorno più numerosi in tale materia, è la contrarietà delle diverse leggi delle quali si domanda l'applicazione al giudice. Ora l'ideale del diritto internazionale privato, in una tale condizione di cose, non pare al Laurent dover essere l'uniformità delle leggi per tutto il genere umano, aspirazione che egli chiama utopia, ammettendo che continueranno ad esservi leggi diverse, finchè sussisteranno diversità di nazioni; ma bensì l'uniformità delle regole destinate a risolvere quei conflitti. Egli ammette dunque che, perdurando la diversità delle leggi, debba completarsi l'esistenza della comunità di diritto, e che gli elementi da cui tale comunità risulta, debbano essere riconosciuti in modo identico dovunque (3). « Ciò che è stabilito dai trattati, diceva il Savigny (4), non è un'invenzione nuova ed arbitraria, ma unicamente la espressione di questa

(1) Laurent, op. cit., vol. I, n. 14, pag. 39.
(2) Laurent, op. cit., vol. I, n° 423, pag. 625.
(3) Laurent, l. c., n^i^. 1-3, pag. 11, 14.
(4) Savigny, l. c., § 348.

comunità di diritto che, ai nostri giorni, tende sempre ad accrescersi ». Tale è il concetto che ispirava pure la speranza espressa dal Laurent. Senonchè, mentre, come già si è osservato, al Savigny pareva ormai quasi realizzato quell'ideale ai suoi giorni, le nuove esigenze dei tempi, acuíte dai rapporti sempre più assidui e frequenti, persuadevano il Laurent che quell'impero è ancora lontano, e che la scienza, piuttosto che constatare delle regole già stabilite, deve con maggior profitto rintracciarle mercè l'esame filosofico e coordinarle in una raccolta complessiva delle proprie aspirazioni.

Alla base della dottrina del Laurent trovasi dunque riprodotta, come nella scuola italiana, l'idea madre della dottrina del Savigny (1). È importantissimo il constatarlo per mostrare che, come il Savigny, per aver detto che l'oggetto immediato delle regole di diritto è la persona, non può dirsi che sia caduto nell'assoluta personalità, così non potrebbe dirsi che vi sia caduto il Laurent, dando soverchia importanza ad alcune parole di lui. Egli dice infatti che ogni legge è personale, nel senso che la legge nazionale della persona regge tutti i fatti giuridici che la concernono, *salvo quelli che dipendono dalla pura volontà delle parti interessate ed eccettuata la realità delle leggi di diritto pubblico* (2). Ed aggiunge, parlando di questo diritto pubblico: È vero altresì che ogni legge è una dichiarazione della potenza sovrana; ma da ciò non segue che la sovranità abbia interesse e diritto a ciò che la legge territoriale riceva sempre la propria applicazione, qualunque sia l'oggetto del litigio e la persona che vi figuri. Vi sono numerose leggi concernenti i contratti; ma si dirà perciò ch'esse sono d'interesse sociale e debbono necessariamente essere applicate ad ogni convenzione? Il legislatore stesso permette alle parti interessate di derogarvi, ammettendo che quanto esse vogliono possa servire loro di legge. V'è dunque una distinzione da fare fra le leggi, secondo il loro oggetto particolare: o sono di ordine privato, nel senso che la società non abbia nè interesse nè diritto ad intervenire nella contesa, ed in questo caso non si potrà dire che la legge sia reale e sovrana; o sono di ordine pubblico, nel senso che la società abbia interesse e diritto a regolare la contesa, ed in tal caso bisognerà dire che la legge è reale, e questa sarà sovrana ed escluderà ogni legge straniera.

L'elemento personale è dunque ben lungi dall'essere il fonda-

(1) Savigny, l. c., § 348.
(2) Laurent, op. cit., vol. I, n. 12, pag. 35.

mento unico della dottrina del Laurent; esso vi apparisce però abbastanza per persuadere l'autore che il diritto privato è anzitutto il diritto dell'uomo, è una emanazione della vita di lui; e che, se si riconosce la sua personalità, si deve, insieme con quella, riconoscere anche la legge che la governa (1).

A lui, come al Savigny, si presenta, prima d'ogni altra considerazione, quella dell'uomo. L'uomo è un cittadino della terra; egli si stabilisce dove lo chiamano le sue circostanze o le sue qualità; ed anche senza abbandonare il suolo natale, può entrare in relazione con ogni paese del mondo. Le leggi che lo reggono dovrebbero dunque arrestarsi alle frontiere della sua patria? No, perchè la separazione politica degli Stati non ha nulla di comune col godimento dei diritti privati (2). Vi deve essere dunque in questa materia una larga parte di efficacia lasciata all'elemento personale in omaggio alla natura stessa delle cose. Poichè se le nazioni sono opera di Dio, il diritto nazionale procede dalla medesima fonte; e come ogni nazione ha diritto a ciò: che le altre nazioni rispettino la sua indipendenza; così ogni uomo ha diritto che la sua persona ed il suo stato personale siano dovunque riconosciuti (3).

Ma se molte conseguenze derivano da un tale criterio, non può dirsi che il Laurent lo ritenga l'unico e sommo moderatore di tale specie di rapporti. Anzi dal principio stesso formulato in quella guisa risulta l'indicazione del limite che deve temperarlo. Come fra individui il diritto dell'uno limita quello dell'altro e nessuno può usare del proprio diritto in modo da ledere quelli degli altri; così deve accadere anche fra le nazioni, tanto più quando trattisi di leggi straniere ingiuste od immorali (4). Essendo infatti le nazioni opera della Provvidenza, il loro diritto, come anche il loro dovere, si riassumono nella conservazione e nello sviluppo: l'una non può far nulla che offenda l'esistenza o lo sviluppo delle altre. Esse hanno diritto alla indipendenza ed alla sovranità; e nei limiti di un tale diritto è completa la loro libertà; ma questa deve arrestarsi quando l'uso che se ne voglia fare, possa portare offesa, non già all'interesse, ma al diritto di un'altra nazione (5).

(1) Laurent, op. cit., vol. I, n. 423, pag. 624, 625.
(2) Laurent, l. c., n. 6, pag. 22, 23.
(3) Laurent, l. c., n. 26, pag. 62, 63.
(4) Laurent, l. c., n. 388, pag. 568.
(5) Laurent, l. c., n. 26, pag. 63.

Il Laurent ammette dunque, accanto all'impero delle leggi personali, la sottomissione volontaria degli individui a determinate leggi nella esplicazione della loro attività giuridica; e fra la legge personale e la sottomissione volontaria, egli ammette, come limite di entrambe, anche una categoria di leggi territoriali. Nè riconosce queste ultime soltanto come eccezioni alla regola della personalità; ma ne fa, come delle altre, una parte integrante e fondamentale del proprio sistema. Bisogna dire, secondo il Laurent, che vi sono leggi personali per loro natura, in quanto regolano i puri interessi privati delle persone; ma bisogna riconoscere altresì, secondo il di lui giudizio, che vi sono anche leggi reali per loro natura, in quanto interessano la conservazione della società, benchè riguardino nel tempo stesso anche rapporti d'interesse privato (1).

Nazionalità, libertà e sovranità sono dunque i tre elementi del sistema del Laurent, come sono quelli dei giuristi italiani, e come, con poca differenza, erano anche quelli del Savigny. È per questo motivo che, prima ancora di por mano al trattato di diritto internazionale privato, egli aveva ripudiato qualunque legame fra le proprie dottrine e quella dottrina degli statuti (2), il che non avrebbe fatto se avesse voluto ridurre a centro di tutto il movimento internazionale dei diritti privati il principio personale; perchè allora, procedendo dal Bouhier e svolgendone i principii, avrebbe compiuta l'evoluzione statutaria cominciata colla territorialità assoluta, chiudendola col trionfo dell'assoluta personalità. Invece egli già da gran tempo era persuaso che la dottrina degli statuti non fosse fondata sulla ragione; che i diritti di ordine privato debbano considerarsi personali anche rispetto ai beni; che quelli di ordine pubblico siano reali anche nei riguardi degli individui; e che la conciliazione non debba farsi fra la legge della persona e quella della cosa, ma fra il diritto dell'individuo e quello della società.

270. — E su quale giustificazione si appoggeranno i principii destinati a produrre una tale conciliazione? È quasi inutile dire che il Laurent assolutamente respinge non solo il concetto ma il nome stesso della *comitas*, sia pure intesa, come era dal Savigny, nel senso di uno sviluppo speciale del diritto (3). Egli la giudica indefinibile giuridicamente, perchè è un termine essenzialmente antigiuridico;

(1) Laurent, l. c., n. 11, pag. 33, 34.
(2) *Revue de droit int.*, vol. I, pag. 244-273.
(3) Savigny, l. c., § 348.

gli pare la nemica naturale della sicurezza e della stabilità nei rapporti internazionali; e conclude infine affermando che qualunque rinuncia al diritto di sovranità che si appoggiasse sulla *comitas* sarebbe giuridicamente ingiustificabile, e che tutto il diritto internazionale che ne risultasse, si ridurrebbe a non essere che una chimera (1).

Un sistema di diritto internazionale privato non può appoggiarsi, secondo il di lui giudizio, se non che sulla base ben più stabile e più legittima dei diritti inalienabili dell'uomo e delle società umane. Nè egli attribuisce alla nazionalità un significato più assoluto di quello che è stato dato alla medesima espressione dai giuristi italiani. « Essa è base della nostra scienza, egli dice. ma la difficoltà sta nel definirla. V'è però un carattere che riassume tutti quelli enumerati come elementi della nazionalità. Quando si dice che vi sono nazioni diverse, ciò implica il concetto che esse si distinguono *per uno spirito individuale che hanno ricevuto, come gli individui, da Dio* ». È l'impronta impressa in loro da Dio che costituisce il diritto ad una vita separata, libera ed indipendente. È per effetto di un tale principio che l'uomo non può considerarsi più un individuo isolato che si prevalga della legge della propria patria, ma un cittadino che reclama i proprii diritti in nome della nazione alla quale appartiene. « *Io preferirei però*, dice il Laurent, *servirmi della parola personalità* invece che della parola *nazionalità;* poichè il diritto personale può anche essere determinato per ogni uomo nella sua qualità di membro di uno Stato, *benchè questo Stato non riposi sul principio di nazionalità* » (2). Oltrecchè nell'ammissione dei tre elementi della scuola italiana, il Laurent va d'accordo dunque con questa anche nel significato che vuol attribuire alla parola *nazionalità*.

Il di lui metodo invece, per essere essenzialmente filosofico, tuttochè appoggiato sopra una base positiva, si distingue da quello predominante nelle opere di molti fra i nostri giuristi, specialmente in quelle che, come il trattato del Lomonaco, possono dirsi ridotte al commento di un testo positivo di legge. Fine principale del Laurent è quello di seguire un indirizzo speculativo, cercando quel tipo ideale di norme e di ordinamenti che poi si debba realizzare nel mondo dei fatti.

Tale è in sostanza il di lui ragionamento iniziale:

L'elemento essenziale del diritto internazionale privato non può

(1) Laurent, l. c.

(2) Laurent, op. cit., vol. I, ni. 12, 423-425 e 435, pag. 35, 625-627, 644.

trovarsi se non che nelle convenzioni diplomatiche; ma è in una dottrina speculativa abbastanza ben costrutta e diffusa per farsi generalmente accettare, che devesi cercare il mezzo più potente per riuscire alla stipulazione di tali trattati. La scienza si occupa dello studio dell'uomo; perciò, chi volesse separare l'idea dalla realtà arriverebbe o ad astrazioni inutili nella dottrina o nella pratica a fatti senza logica coordinazione nè rispondenza alle leggi della ragione. Anche chi raccogliesse i fatti senza illuminarli coll'idea rinuncierebbe, fin da principio, ad ogni influenza scientifica, perchè dei fatti senza ideale non meritano il nome di scienza.

Perciò egli informa tutto il proprio studio al principio: che non vi è scienza senza ideale come non vi è scienza senza fatti che servano di appoggio all'idea. La scienza insomma deve uniformarsi in tutto alla natura dell'oggetto suo. Ora l'umanità ha un ideale verso il quale essa cammina guidata da Dio; ma Dio non le addita l'unità concepita come un diritto umano identico per tutte le genti della terra; questa sarebbe la falsa aspirazione della monarchia universale che i filosofi hanno sognata e che i conquistatori hanno tante volte tentata. L'unità sotto questa forma, piuttosto che una utopia, può dirsi una impossibilità. Il vero fine dell'umanità nel diritto internazionale privato è, secondo il Laurent, il seguente: « che, restando le leggi in massima parte diverse, le nazioni possano intendersi circa i principii secondo i quali debbano risolversi i conflitti di legislazione ».

È un'espressione, analoga a quella del Savigny, del principio della comunità del diritto, proposta come fine ultimo alle leggi e come fine immediato alle dottrine. La scienza ha, nello studio di quest'ordine di rapporti, la missione di preparare i trattati internazionali, facendo in modo che, se i tentativi per concluderli da un punto di vista generale sono finora falliti, gli stessi tentativi non abbiano a naufragare anche nell'avvenire (1).

271. — Ma la scienza sola, nella forma aristocratica dei trattati sistematici, non pare al Laurent adeguata all'alto ufficio di una tale opera di propaganda, se essa non la intraprenda anche colla forma democratica dell'insegnamento. Nessuno, dice egli, ha, scrivendo un libro, fondata una religione; nessuno, elaborando un trattato, ha raccolto e guidato un partito politico; nessuno infine, scrivendo un

(1) Laurent, op. cit., vol. I, n^i^. 32, 37, 39 e 40, pag. 73, 84, 86, 89 e 90; Savigny, § 348.

manuale di tattica, ha vinto una battaglia. Nella lotta della vita pratica bisogna che il verbo della scienza s'incarni nella persona di chi la coltiva, che i suoi insegnamenti non siano soltanto letti ma anche uditi, che li diffonda, non il muto inchiostro delle pagine stampate, ma la viva e convinta voce del maestro.

Chi legge, si domanda il Laurent, i trattati di diritto internazionale privato? I pratici, siano giudici od avvocati, li consultano per i bisogni occasionali della loro causa, e gli uomini di scienza li studiano. Ma il mondo politico li ignora; eppure è col mezzo della diplomazia che i principii del diritto internazionale privato debbono essere formulati come norme obbligatorie. Come sarà possibile che i legislatori e gli uomini di Stato prendano interesse ad una causa che sia loro, nei suoi elementi concreti, sconosciuta? Bisogna che l'insegnamento volgarizzi i principii del diritto internazionale diffondendoli fra le giovani generazioni; e che non solo ciò avvenga nell'insegnamento universitario che s'indirizza alle sole classi studiose, cioè ad una piccola minoranza; ma se ne facciano penetrare i principii generali in tutti gli strati della società. Le nazioni, osserva il Laurent, sono sovrane: ma a che vale una sovranità esercitata dall'ignoranza? I popoli hanno i loro pregiudizi e le loro passioni che ad un dato momento possono sconvolgere il mondo. E chi potrà sperare che i pregiudizi popolari ed i mali istinti che li alimentano siano guariti, se non si illuminano le generazioni nascenti? Si dirà forse che questo nobile apostolato verrà esercitato dalla stampa. Ma la stampa non ha la scienza infusa, e predica bene solo chi possiede la conoscenza del proprio argomento. Bisogna dunque, anche per questo fine, ricorrere all'insegnamento che, oltre all'obbligo d'istruire gli intelletti, ha anche quello di illuminare le coscienze, e di tener vivo un certo sacro fuoco negli spiriti, infiammandoli coll'aspirazione al bello ed al buono (1).

Così il Laurent, pur indugiandosi talora in digressioni immaginose, studia i progressi delle dottrine cui vuol applicare la propria ricerca col criterio vasto ed acuto dello storico; ne sviluppa a parte a parte gli elementi colla minuta analisi del giurista; ed indaga nel tempo stesso, colla sollecitudine del filantropo, i mezzi più atti per far sì che il patrimonio di insegnamenti accumulato da lui e da chi lo ha preceduto, non resti soltanto di onore al suo nome, di sterile

(1) Laurent, l. c., n. 41, pag. 92, 93.

ornamento alle biblioteche, e di compiacimento intellettuale a chi studierà l'opera sua, ma diventi anche patrimonio comune di ogni essere che sente e che pensa, e, insinuandosi nella mente di tutti, passi dalla scuola alla legislazione, francheggiato dalla coscienza e dalla volontà di coloro che devono esserne governati. In questo senso può dirsi che la vita ed il pensiero del Laurent realizzassero quasi l'ideale greco del *καλοκαγαθός*, poichè infatti nessun vero scientifico è grande quando non valga ad agitare le coscienze e ad interessare le menti, e nessun pensatore può dirsi grande quando non sappia essere, anche nelle relazioni consuete della vita, l'apostolo del proprio pensiero.

Ho dovuto passare sotto silenzio le applicazioni particolari dei principii fondamentali del Laurent in quanto coincidono con quelle dei giuristi italiani, per evitare le ripetizioni o le troppo strette analogie. In quanto poi quelle applicazioni se ne allontanino in un qualche punto, avrò agio tosto di intrattenermene, riassumendo le critiche che il Brocher rivolge nel tempo stesso a lui ed alla Scuola italiana, sopratutto a proposito del principio di nazionalità.

272. — Il Brocher comincia col fare una distinzione fra il sistema del Laurent e quello del Codice italiano, notando che, mentre questo Codice procede per via di enumerazioni e di eccezioni, il Laurent invece si fonda sulle enunciazioni generali di ordine privato e d'ordine pubblico (1). Ma distinguendo egli il Codice italiano dal Laurent, non ravvisa però una gran differenza fra il Laurent e la Scuola del Mancini. Egli trova nello stesso modo criticabili tanto la regola quanto l'eccezione del Mancini, perchè pensa che si riferiscano troppo al così detto statuto personale e che costituiscano una base insufficiente del diritto internazionale privato (2); sicchè le critiche da lui pronunciate a proposito d'uno fra i fautori del principio di nazionalità si dovranno intendere dirette anche agli altri. Quanto poi al valore storico della questione, il Brocher non si lascia sfuggire un'analogia che crede di aver trovata fra il sistema del Laurent e quello delle leggi personali che si era sviluppato dopo le invasioni barbariche ed era stato transitorio. Un'altra analogia egli nota fra tale sistema e quello delle capitolazioni concesse dalla Porta ottomana, e durate

(1) Brocher, *Recensione sul Laurent* (*Revue de droit int. et de législ. comp.*, vol. XIII, 1881, n. vi, pag. 531-570).
(2) Westlake, *Recensione sul Brocher* (*Revue de droit int. et de législ. comp.*, vol. IX, pag. 606).

finora soltanto per effetto della grande antipatia delle due religioni e delle due civiltà.

Da tali analogie il Brocher procede a concludere che sopra una considerazione assoluta dell'elemento personale è impossibile fondare un sistema duraturo di diritto internazionale privato. Vedete, egli dice, che gli stessi paesi mussulmani dove la civiltà progredisce, cominciano ad abbandonare quel sistema e ne dà l'esempio l'Egitto coi suoi tribunali misti; anche le colonie mussulmane od indiane appartenenti all'Inghilterra ed alla Francia cominciano ad allontanarsi dal sistema colà vigente delle leggi personali, mercè le sottomissioni volontarie degli indigeni al diritto dei dominatori. L'applicazione della legge nazionale all'individuo, gli pare non già un favore, ma ben sovente un peso che graverebbe sulla libertà di lui in quanto agisse fuori della patria, nè sarebbe sempre innocuo a quella dei cittadini del territorio.

Insomma nei principii della Scuola italiana ed in quelli del Laurent egli riscontra una terminologia poco conforme agli usi consacrati e pericolosa per gli equivoci cui può dar occasione e per l'indeterminatezza che la circonda. Poichè, per esempio, anche le leggi relative allo stato personale appartengono all'ordine pubblico, eppure varcano i confini dello Stato; e molti atti ricevono dalla legge, sul territorio della quale si sono realizzati, un'impronta che deve essere riconosciuta dai tribunali stranieri. Ora tutto ciò fa supporre l'esistenza di una categoria di regole alle quali, continua il Brocher, non vediamo qual posto voglia assegnare il Mancini nel proprio sistema (1).

L'ordine pubblico infine gli pare concepito in modo da considerare troppo negli stranieri la qualità di individui in rapporto con una legge territoriale, mentre nel loro caso non trattasi più soltanto di un individuo che trovisi in rapporto con una legge, ma di due leggi che trovansi l'una di fronte all'altra, anche indipendentemente dalla volontà degli individui che sono in causa in un determinato rapporto giuridico. Appunto perchè gli pare che il Laurent, il Mancini ed il Codice italiano si arrestino troppo esclusivamente alla considerazione dell'individualità e della nazionalità, pare difettosa al Brocher la loro dottrina dell'ordine pubblico; anzi, da un punto di vista più generale, la giudica *une des parties les plus défectueuses de notre doctrine dans son état actuel, une matière sur laquelle on ne*

(1) Westlake, l. c.

saurait trop attirer l'attention (1). È generalmente in rapporto coi fondamenti della dottrina, nella ricerca e nella giustificazione delle regole ch'essa deve consacrare, e non nell'indagine delle preferibili eccezioni, che l'ordine pubblico, secondo il Brocher, esercita la sua maggiore influenza. Invece dunque di proporre un sistema di competenza di leggi che, come quello del Laurent, sia poi nella pratica in gran parte mutato dall'efficacia dell'ordine pubblico, egli invoca di quest'ultimo elemento una ricostruzione che, stabilita tra i fondamenti della dottrina, valga a poterne ridurre gli effetti eccezionali e negativi nei limiti strettamente necessarii.

Tutta questa demolizione di critica induce il Brocher alla seguente conclusione: « Non v'è motivo per non lasciare che il diritto internazionale privato si sviluppi largamente sulle basi poste dal Savigny che indicava alla scienza la via da seguire nella continuazione dell'opera sua; e sopratutto seguendo il di lui metodo che consisteva nell'analizzare i diversi elementi dei rapporti di diritto. Il principio di nazionalità proposto dal Laurent per sostituirlo a quei fondamenti della dottrina, non è se non che uno degli elementi della dottrina stessa; bisogna assegnare una parte larga ma non preponderante ed esclusiva a tale elemento, per non costringere la dottrina fra limiti troppo ristretti; non esagerare i diritti dell'autonomia individuale, e tener conto bastante della doppia importanza che devesi accordare alle considerazioni d'ordine pubblico sia per ammettere, sia per restringere le competenze estraterritoriali della legge. Il principio di territorialità, limitato dall'abolizione della feudalità, non ha cessato perciò di essere uno degli elementi principali della nostra dottrina, e sembra impossibile il ridursi ad ammetterlo soltanto nei casi eccezionali segnalati dal Laurent. Un tale principio resterà necessariamente alla base di quelle frontiere politiche dalle quali il diritto internazionale non può del tutto prescindere. Il suolo non è soltanto il campo di attività sul quale la nostra vita giuridica si sviluppa; esso è altresì l'oggetto di molti diritti che devono piegarsi alle esigenze della sua natura. La stabilità che lo distingue dagli altri oggetti e dai soggetti di diritto, fornisce ben sovente i punti d'appoggio necessari allo sviluppo regolare del diritto » (2).

Dall'esposizione di questa critica, nella quale si possono già scorgere

(1) Brocher, l. c., pag. 569.
(2) Brocher, l. c., pag. 569, 570.

anche le grandi linee di una ricostruzione scientifica, derivano tre domande: Che cosa resta, una volta che siano chiariti gli equivoci, di questa demolizione del Brocher, di questi pericoli, come egli stesso dice, che può presentare l'opera del Laurent? Che cosa sostituisce egli al sistema che gli pare difettoso? Per quali speciali caratteri si distinguono davvero i risultamenti da lui ottenuti da quelli del Laurent e della Scuola italiana? A tutte queste tre interrogazioni risponderà più chiaramente d'ogni altro discorso, l'esposizione un po' dettagliata del sistema del Brocher.

273. — Non sarà inopportuno però l'accennare prima alle discolpe del Laurent ed alle diversità che corrono fra quest'ultimo e la Scuola italiana, per ridurre fin dal principio la controversia alle sue giuste proporzioni. È inutile ripetere quanto si disse a proposito dei giuristi italiani per dimostrare, anche per ciò che riguarda il Laurent, il significato politico e positivo della parola *nazionalità* usata nella trattazione del diritto internazionale privato. Del resto egli stesso enuncia (1) esplicitamente un tale significato, aggiungendo che, se l'uso non lo traesse ad usare quell'espressione, sarebbe disposto, per evitare equivoci, a sostituirla colla parola *personalità*. In quanto poi a quella prevalenza assoluta nel di lui sistema, dell'elemento personale su quello territoriale, che il Brocher vi nota facendone argomento di critica, basta, a provarne l'insussistenza, anche quel poco che si è esposto della di lui dottrina. Da ciò resta dimostrato che, nel pensiero di lui, ciascuno di quei due elementi ha la ragione della propria esistenza e che essi devono soltanto circoscriversi nei limiti risultanti dall'indole delle diverse leggi (2). E quando il Brocher ripete, a proposito del Laurent, la critica che il Savigny avea fatta del concetto di nazionalità (3), egli risponde giustamente: « Ciò vuol forse dire che esiste un diritto universale che domina il diritto nazionale? Questa è un'utopia, un ideale falso. Se il sapiente ginevrino intende dire solamente che il diritto nazionale non deve offendere il diritto umano o naturale, egli ha ragione; ma ciò non vuol dire che dall'idea di nazionalità derivi quella di egoismo » (4); mentre è appunto il riconoscimento della legge nazionale di ogni popolo che costituisce l'elemento internazionale del diritto. La sola cosa che, in quest'ordine

(1) Laurent, op. cit., vol. I, n. 433, pag. 641, 642.
(2) Laurent, l. c., n. 3, pag. 16.
(3) Savigny, l. c., Prefazione.
(4) Laurent, l. c., ni. 431-434, pag. 639, 643, 644.

d'idee, sia comune a tutte le nazioni, è la comunità del diritto che il Savigny ha il vanto d'essere stato il primo a formulare chiaramente. Il fondo della dottrina del Brocher è dunque analogo a quella del Laurent, come è analogo a quella della Scuola italiana.

274. — Rappresentati così nel loro vero aspetto i principali oggetti della critica, questa è ridotta nell'impossibilità di colpirli dal momento che le opinioni dell'accusatore appaiono nel fondo identiche a quelle dell'accusato. Dove però l'accordo non si può constatare nè fra il Brocher ed il Laurent, nè fra quest'ultimo e la Scuola italiana, è nella dottrina dell'ordine pubblico. Gli Italiani concordavano tutti anche allora nell'ammettere il criterio generale d'una categoria di leggi reali, ma non andavano poi d'accordo quando si trattava di concretarla e di definire il fondamento giuridico cui tutte si dovessero geneticamente ricondurre. Il Laurent giudicava priva di precisione la formula del Codice italiano; gli Italiani non si appagavano sempre delle formule del Laurent; ed il Brocher, non approvava, ed aveva ragione di non approvare, nè l'una nè le altre. Chi potrà infatti assegnare a quel limite, giustificato dai diritti della sovranità e moderatore dei diritti dell'individuo, una misura d'azione uniforme e costante? Il Laurent dice, è vero, che quel limite può trovare la propria giustificazione soltanto nel diritto e non mai nell'interesse dello Stato; ma quanto non è difficile nella pratica il discernere l'uno dall'altro, quando e l'uno e l'altro abbiano ottenuto la sanzione della legge! Il Laurent dice che il diritto pubblico non costituisce un'eccezione, ma forma un'ordine di leggi del tutto speciale; ma tutta l'azione di questa categoria di leggi nel di lui sistema manifesta un carattere eccezionale, perchè, dopo aver egli completamente ammessa l'esistenza di un diritto privato estraterritoriale come astrattamente esistente e completa, l'esistenza concreta di una delle leggi pertinenti a quella categoria, basta poi ad impedire a quel diritto di varcare i confini di un altro Stato.

Il Laurent, per esempio, parlando del diritto di successione, esamina se il regolamento delle successioni devolute agli stranieri debba farsi sempre secondo lo statuto personale del defunto. Il Savigny aveva ammessa un'eccezione di territorialità nei casi del diritto di primogenitura e delle sostituzioni (1). Il Laurent invece propende anche in questi casi in favore della legge straniera. « Quando, egli dice, il legislatore stabilisce l'eguaglianza come base dell'ordine politico e

(1) Savigny, l. c., § 376.

civile, egli ha in considerazione i proprii sudditi, ma non intende certo imporre i proprii principii agli stranieri che si trovano sul suo territorio. Senza dubbio da lui non si permetteranno atti i quali apertamente feriscano l'eguaglianza e turbino l'ordine sociale; egli quindi non tollererà che lo straniero possegga schiavi in Francia, perocchè rimarrebbe in tal caso vulnerato un principio fondamentale dell'ordinamento sociale francese. Ma può dirsi che l'eguaglianza sia compromessa se uno straniero raccolga in Francia un valore mobiliare od immobiliare a titolo di primogenitura o di sostituzione? In realtà non si tratta se non che d'interessi privati, che resterebbero senza influenza sulla società di quel paese e non vi produrrebbero neppure alcun effetto indiretto ».

Ma l'Esperson (1) dichiara apertamente di non poter essere su questo punto d'accordo col Laurent. Se la legge straniera importa una semplice disuguaglianza nella distribuzione dell'eredità fra gli eredi legittimi del defunto, questa legge potrebbe ragionevolmente essere invocata in un paese la cui legislazione chiami tutti gli eredi a succedere in modo eguale, perocchè tratterebbesi di una disposizione regolante rapporti famigliari a proposito dei quali una legge può spiegare efficacia in estero territorio. Ma se la legge successoria straniera, continua l'Esperson, oltre di ammettere la disuguaglianza nella distribuzione dell'eredità, ne attribuisse una quota ad uno degli eredi, per esempio al primogenito del defunto, per modo che i beni costituenti questa quota rimanessero vincolati così ch'egli non potesse liberamente disporne, ma dovesse conservarli e trasmetterli a chi sia stato designato dal disponente, come erano appunto i maggioraschi e fedecommessi riconosciuti in varie provincie italiane, in tal caso si dovrebbe rifiutare l'applicazione di siffatta legge come lesiva del diritto pubblico del paese e del suo interesse economico, il quale richiede che le proprietà sieno libere e non vincolate.

In ciò mi pare di gran lunga preferibile l'opinione dell'Esperson, poichè, seguendo quella del Laurent, si arriverebbe all'eccessiva personalità delle leggi barbariche, potendo una famiglia estera stabilita nel nostro paese conservarvi ed esercitarvi per molte generazioni diritti ripugnanti al nostro ordine pubblico come conseguenze della sua nazionalità; e, nei luoghi dove vivono molti stranieri, potrebbero formarsi tanti gruppi di popolazione viventi secondo l'assoluta per-

(1) Esperson, *Movimento giuridico*, pag. 22.

sonalità del diritto in onta alle leggi proibitive ed all'ordine economico e sociale del paese.

Dall'efficacia positiva e negativa riconosciuta dal Savigny nelle leggi d'ordine pubblico, alla loro definizione un po' vaga data dai giuristi italiani, e da questa all'eccessiva angustia di limiti nei quali le avrebbe volute costringere il Laurent, tutta la storia recente d'un tale principio ci è prova di una qualche incertezza nelle dottrine di coloro che lo hanno professato. E quando in un principio si trova tal difetto di certezza, bisogna concluderne di necessità ch'esso sia mal formulato, o che sfugga al rigore di una formula scientifica. Non si può infatti parlare di falsità o di insostenibilità del criterio in sè stesso di un limite territoriale assoluto all'applicazione delle leggi straniere ed alla loro efficacia, ma della somma difficoltà di definire quel limite e di determinarne metodicamente le applicazioni. Della ammissibilità d'un tale limite come elemento d'un sistema di diritto internazionale privato, nessuno può dubitare. Nella dottrina del Savigny e nelle altre che a quella son venute succedendo, si possono distinguere tre elementi: Personalità, Volontà, Sovranità. I due primi agiscono senza limite finchè non si incontrino nel terzo elemento che li modera e ne arresta l'esplicazione; e questa concezione generale di un limite di tal fatta e del suo ufficio nel sistema è la parte vera della dottrina. Ma quel terzo principio è considerato come troppo estrinseco agli altri due; non lo si fa entrare nella composizione degli elementi stessi del rapporto giuridico, ma da quello si fa quandochessia arrestare l'efficacia del rapporto giuridico già formato; e la funzione ne è considerata come effetto dell'impero della sovranità sui singoli individui e non come una relazione di comando e di competenza fra una ed altre sovranità. Questa è la parte difettosa della dottrina. L'ordine pubblico, come concepimento generico di una categoria, può restare qual era; ma l'idea del suo sviluppo e della sua azione deve mutare così da diventare parte integrante di ogni elemento dei rapporti giuridici, da essere trasportato sul suo vero fondamento, che è quello dei rapporti internazionali, e da perdere ogni carattere arbitrario. Esso deve, in altre parole, trasformarsi in una specie di statuto reale derivante dalla natura stessa delle cose. Prese in questo senso, le critiche del Brocher possono ritenersi fondate (1).

(1) V. sopra, pag. 223-225, 228, 235, 248, 255-275, a proposito del limite d'ordine pubblico e della funzione dell'elemento territoriale nel sistema del diritto internazionale privato.

275. — A quali conclusioni più positive lo indirizzi poi un tale punto di veduta; in che s'allontani soltanto apparentemente dalla Scuola italiana; per quali conclusioni stia in aperta opposizione con questa Scuola; quale sia insomma il valore della sua opera di rifacimento, apparirà dalla esposizione stessa della sua dottrina (1). Nè sarà difficile il farlo, poichè il Brocher possedeva ad un tempo, come osservava il Martens (2), una chiarezza straordinaria di esposizione ed una erudizione senza pari, e quelle due qualità costituiscono i tratti caratteristici di tutte le di lui opere. Anche il Westlake, prendendo ad esaminarne la dottrina, ha reso omaggio a queste eccellenti doti di lui colle seguenti parole: « Io non sono di quelli che credono possibile di arrivare all'unanimità coll'opera delle dottrine; ma tanto trovo ammirabile la chiarezza dell'autore nell'applicazione dei principii, da ammettere che, se v'è uomo atto a concepire un assentimento generale, questo sia certamente Carlo Brocher » (3). Seguiamolo dunque in questa sua dotta peregrinazione, per non interromperla se non che di quando in quando coi nostri apprezzamenti.

Un rapporto giuridico può nascere, prolungarsi, estinguersi e conseguire la pienezza dei suoi effetti giuridici su territori retti da legislazioni e spesso da sovranità diverse; può stabilirsi fra persone di diversa nazionalità od almeno individualmente soggette a regole di diritto diverse; e raramente si può prevedere, in caso di controversia, a proposito di un tale rapporto giuridico, davanti a quali tribunali potrà impegnarsi il procedimento. Tali condizioni si verificano sempre più facilmente quanto più operoso diventa il vasto movimento dei rapporti che abbracciano il mondo intero; e da ciò possono derivare, per l'esercizio di quei diritti, degli ostacoli od almeno delle cause di diminuita certezza che la legge deve cercare di combattere accompagnando colla sua tutela ogni manifestazione di questa vita internazionale e garantendo a ciascheduno i mezzi di agire con libertà e sicurezza in paesi diversi e lontani.

Che cosa occorre perchè un tale scopo possa dirsi raggiunto?

(1) *Nouveau traité de droit international privé au double point de vue de la théorie et de la pratique*. Paris, Thorin, 1876; *Théorie du droit international privé*. V. anche *Revue de droit intern. et de lég. comp.*, vol. III, pag. 412 e seg., 540 e seg.; vol. IV, pag. 189 e seg.

(2) *Lettera al Segretario dell'Istituto* nell'*Annuaire de l'Institut de droit international*, 1880, vol. I, pag. 265.

(3) WESTLAKE, l. c.

1. Ad ognuno deve essere assicurato, anche all'estero, il godimento dei proprii diritti civili.

2. Ognuno deve poter prevedere con certezza secondo quali leggi saranno giudicati i diritti relativi alla sua persona, ai suoi beni ed ai suoi atti.

3. Questa competenza legislativa deve essere fissata in una maniera razionale e conforme alla natura delle cose, col fine di conservare i diritti acquisiti e di garantirne la sicurezza.

Ogni Stato deve ammettere la prima di queste regole se vuol evitare di isolarsi dalla società civile di tutti gli Stati. Perchè poi potessero dirsi realizzate anche le altre due regole, il fine ideale cui si dovrebbe tendere sarebbe una sola legislazione civile e commerciale ben nota e vigente uniformemente in ogni paese. Ma questa uniformità è lontana, nè può esistere nelle leggi finchè non siansi uniformati i costumi. Ammessa dunque, come ipotesi indefinitamente necessaria, la diversità delle legislazioni, il diritto internazionale privato ha per missione di prevenire i conflitti fra le leggi diverse, e, con quelli, gli ostacoli ed i danni che potrebbero derivarne nella vita civile e commerciale. E per ottenere un tal fine, in mezzo a tanta diversità di legislazioni, che cosa si dovrà fare? Bisogna ricercare se, in mancanza di unità, non esista un qualche principio di armonia il quale, combinando gli elementi diversi che si ha l'obbligo di riconoscere e di rispettare, tracci i limiti di luogo e di modo nei quali ciascuno di tali elementi dovrà essere applicato.

Una tale combinazione dei diversi elementi deve farsi in modo che l'attività sociale possa, in una certa misura almeno, spiegarsi sul vasto scacchiere del mondo, colla stessa libertà e colla stessa sicurezza che troverebbe se il suo movimento fosse limitato dalle frontiere di un solo Stato: tale pare al Brocher il fine che debba assegnarsi al diritto internazionale privato. Ammessa come inevitabile l'esistenza separata d'un numero considerevole di Stati, retti da sovranità indipendenti e sottomessi rispettivamente a leggi diverse, egli vuol ricercare, nella natura delle cose e negli interessi superiori che stanno pur alla base del diritto, quale di queste sovranità debba essere riconosciuta competente per disporre circa tali rapporti. Nel determinare dunque una tale competenza, e, dopo averla concretata, nel farla rispettare, egli riconosce la doppia giustificazione ed il doppio fine di questa parte del diritto. Egli riconosce che riducendo questo fine alla prevenzione e risoluzione dei conflitti possibili fra legislazioni ema-

nanti da sovranità differenti, si enuncia un concetto giusto; ma gli parrebbe pericoloso l'arrestarvisi, poichè l'ordine esteriore non è tutto; ma l'ordine deve essere intimamente giuridico, razionale, morale e conforme agli interessi superiori della società. Il di lui ragionamento fondamentale si riduce dunque a cercare per ogni rapporto giuridico un diritto positivo nazionale a cui quello debba assegnarsi e sottoporsi in omaggio alla natura delle cose. Ora tuttociò non è un concetto nuovo, ma la riproduzione di quell'idea della comunità del diritto che, abbandonata la *comitas*, è restata il punto di partenza delle varie dottrine, che sono state già prese in esame (1).

276. — La verità di una tale asserzione apparisce al Brocher dimostrata anche dalle quattro forme nelle quali il diritto internazionale privato si manifesta.

1° Il regolamento dei conflitti di diritto privato *colla legislazione speciale delle singole località*, gli pare misconosca assai facilmente le esigenze del diritto; ed il far derivare tale regolamento dalle singole fonti legislative non collegate fra loro è una doppia esagerazione teorica e pratica. Infatti una legge che tenda a regolare quei rapporti, e resti confinata nell'isolamento del proprio territorio, non potrà concorrere se non che assai debolmente all'armonia necessaria, poichè armonia suppone concerto d'azione, garanzie reciproche e principii comuni dovunque riconosciuti e rispettati.

2° *Consuetudini internazionali*. — Le legislazioni moderne portano però in tale materia l'impronta di dottrine e di consuetudini che le hanno precedute e sono state l'effetto di necessità sociali, del bisogno d'armonia nell'applicazione delle varie leggi e della consapevolezza di quanto sia insufficiente il principio dell'indipendenza assoluta. E tali consuetudini sono state in qualche luogo sanzionate anche dal diritto positivo.

3° *Trattati*. — Più raramente ancora ed in modo più incompleto, quegli antichi usi e le dottrine che vi si riferiscono, hanno formato l'oggetto di trattati internazionali.

Da questi tre elementi positivi del diritto internazionale privato il Brocher trae la persuasione che *la comunità del diritto* sia tanto corrispondente ai bisogni e all'indole delle società umane, da farvisi già in parte accogliere spontaneamente mediante gli usi internazionali

(1) Cfr. sopra, pag. 99 e 100, col criterio della comunità di diritto secondo il Savigny.

che modificano la condizione giuridica dei popoli, sia restando allo stato consuetudinario, sia modificando poi le leggi, sia dando successivamente origine a convenzioni diplomatiche. Il Brocher si domanda: quale parte lasciano i tre elementi positivi enumerati, alla dottrina puramente filosofica nell'elaborazione del diritto internazionale privato? Molti autori la vogliono assolutamente esclusa per lo meno dalla vicenda pratica dei rapporti concreti; egli invece se ne ripromette non pochi aiuti, « ed era principalmente per combattere quell'eccesso di positivismo, che aveva intrapreso questo studio ».

Deve ammettersi che ogni sovranità sia libera, ma devesi riconoscere altresì che libertà suppone dovere e che ogni potere è una sorgente di obbligazioni. Contribuire allo sviluppo sociale è un'obbligazione che s'impone agli Stati più ancora che agli individui; e se è vero che bisogna stabilire a questo scopo una certa armonia fra le varie legislazioni, vi è, sotto questo rispetto, una missione da compiere tanto per il legislatore quanto per il giureconsulto. Infatti vi sono due maniere di ragionar delle leggi. O si commenta e s'interpreta l'opera del legislatore: o si cerca di prepararla e di invocarla per certi rapporti giuridici sui quali non siasi ancora del tutto od in gran parte legiferato. Il filosofare troppo nel primo caso è grave difetto, poichè induce il giureconsulto a fare, nell'opinione della magistratura e del popolo, una confusa e pericolosa concorrenza al legislatore. Il prendere al contrario per guida la ragione e per fondamento l'ordine naturale delle cose rispetto a quei rapporti che non sono stati ancora regolati dal potere legislativo, può annoverarsi fra le più nobili attribuzioni della scienza. Essa in tali casi, senza infrangere vincoli obbligatorii, può abbandonarsi ad uno studio libero in ogni sua indagine, ed arrivare, con una convinzione non dipendente da preconcetti tradizionali e positivi, ad una certa perfezione di concepimenti giuridici. Nel primo caso può dirsi sovente che la scienza turba il criterio del magistrato, come deve dirsi nel secondo ch'essa stimola ed aiuta quello del legislatore. In questo suo indirizzo puramente speculativo che non gli consente di citare i testi di legge se non come esempii, sta forse l'elemento più originale ed indipendente della dottrina del Brocher.

È appunto la reciproca indipendenza esistente nei rapporti fra gli Stati, che lo induce ad attribuire più volentieri importanza alla sola autorità che possa dominarla, per subordinarla ad un principio d'ordine. Una ben costrutta dottrina fondata sull'ordine naturale

delle cose, è dunque indispensabile, non solo per assicurare i progressi dell'avvenire, ma anche per fornire alla pratica attuale i principii e gli sviluppi che le sono necessari. Nè una tale fonte di concepimenti giuridici potrebbe dirsi nuova, sopratutto in questa materia.

Fu infatti un'autorità razionale quella che ha dato nascimento a quegli usi internazionali non sostituiti ancora se non che in piccolissima parte dalle leggi e dai trattati; ed ora quella medesima autorità razionale deve esser chiamata ad esaminare gli stessi usi per confermarli in quanto rispondano ancora alle idee ed ai bisogni del tempo, e per farli abbandonare in quanto vi appariscano contrari.

277. — E qui si presenta al Brocher un'altra domanda, nella quale si riassume in realtà il problema più vitale di tutto il suo studio. In quella misura nella quale l'abbandono delle consuetudini esistenti fosse riconosciuto necessario, come si dovrebbe procedere all'opera della ricostruzione? Quella autorità puramente dottrinale che sarà bastata per abolire gli usi antichi, basterà anche per giustificare e formare altre consuetudini nuove? La stessa domanda si era presentata alla mente del Savigny subito dopo aver giustificata razionalmente l'esistenza della *comunità di diritto*. Il giureconsulto tedesco aveva risolto quel dubbio indicando d'un lato la scienza come fonte del contenuto dei trattati internazionali, ma dall'altra attribuendo alla scienza un'importanza ancor maggiore come fonte di sapere giuridico per la magistratura. E tale pure è il concetto del Fiore.

Il Brocher cerca però di andare più al fondo delle cose e di assegnare alla scienza una più concreta missione. Lo sviluppo consuetudinario del diritto gli pare ormai molto più esiguo che non sia stato in altri tempi nei paesi della nostra civiltà, e tanto più necessario invece gli pare l'intervento legislativo perchè si possa avere quella precisione tecnica e particolare di disposizioni che dai bisogni del tempo è imperiosamente richiesta. Ma le sole leggi sufficienti nei rapporti internazionali sono le convenzioni diplomatiche, e queste non potranno veramente condurre al fine prescritto, se non si appoggeranno ad una dottrina generalmente accettata. Perciò si è detto prima che, fra i punti di contatto riscontrati nel Brocher e nel Laurent, uno dei più importanti è quello che riguarda la missione della scienza. Infatti entrambi quei giuristi, ma sopratutto il Brocher, si distinguono appunto per ciò che, quanto sono più speculativi di molti altri nel metodo, tanto sono più universalmente pratici di molti altri nell'intento; volgono lo sguardo in alto, ma le loro aspirazioni si

arrestano sempre nella sfera delle relazioni concrete; e se cercano di formulare un pensiero scientifico accettabile in ogni paese, lo fanno perchè ne scaturisca il desiderio e la possibilità di accordi concreti fra le nazioni.

278. — Una dottrina che debba far penetrare nella coscienza universale tale concetto e tale aspirazione ad effettuare la comunità del diritto, su quali basi dovrà riposare? Il Brocher avrebbe voluto che risultasse da due elementi: la natura delle cose, e il fine speciale di questo particolare sistema di regole giuridiche. Queste devono tendere infatti a sottomettere l'applicazione delle leggi territoriali ad un principio d'armonia capace di mantenere i diritti acquisiti e di sottrarli ai pericoli che potrebbero risultare dalla diversità di leggi ancora lungamente inevitabile. A raggiungere un tale scopo la scienza dovrà, per dirimere i conflitti o per prevenirli, ricercare talune regole comuni le quali, soddisfacendo ai bisogni della giustizia e della civiltà, riposino su considerazioni tanto evidenti da essere generalmente adottate. Farà poi d'uopo ch'essa studii le varie consuetudini esistenti nel tempo nostro e le studii in relazione col loro sviluppo storico e coi bisogni dell'età presente; e che non perda mai di vista come sia missione del diritto internazionale la conservazione dei diritti acquisiti. Ma che cosa dovrà intendersi per diritto acquisito? Ogni diritto concreto esiste per effetto della legge, la quale ne fa dipendere le singole fasi dell'esistenza da certi fatti che lo fanno nascere od estinguere, lo modificano e lo trasmettono. Ora il problema si riduce alla seguente questione:

« Ciascuno di questi fatti giuridici deve, per la natura delle cose ed in rapporto col fine che fa d'uopo proporsi, essere governato da una legge piuttostochè da un'altra? ».

Se così è, se a questa domanda cioè potrà darsi una risposta certa nella sua giustificazione ed universale nelle sue applicazioni, il diritto internazionale privato riposerà sopra una base intangibile. Ciascun diritto dovrà essere dovunque rispettato e protetto, tale quale esiste, per effetto dei fatti e delle leggi che devono naturalmente agire sopra di esso così da costituirlo e determinarlo.

Questo modo di porre la questione non è, come pur parrebbe, assolutamente identico a quello del Savigny; ma è più analitico. Il Savigny infatti vuol ricercare la sede dei rapporti di diritto. Il Brocher invece, considerando, in ogni rapporto giuridico, il risultato multiplo e complesso di elementi diversi, è indotto a non arrestarsi alla

ricerca d'un principio unico, come sarebbe la volontà presunta delle parti interessate, il luogo della nascita, la nazionalità, il domicilio, la legge territoriale del paese dove l'atto si è realizzato e dove le cose sono situate o dove deve definirsi la lite, perchè crede che tali principii indurrebbero ad enunciazioni troppo generali e perciò soltanto insufficienti e ingannatrici. Bisogna dunque, egli ne conchiude, risalire agli elementi diversi che concorrono a costituire ciascun rapporto giuridico, cioè alla capacità personale, alle manifestazioni della volontà, alla natura, alla forma ed alle conseguenze degli atti, per sottomettere ciascuno di questi elementi alla legge che deve naturalmente reggerlo; e considerare come diritto acquisito il risultato al quale si giunga mediante l'azione complessiva di tutti quegli elementi. Pare dunque al Brocher che tale ordine di rapporti rientri nel dominio del diritto privato dov'è la sua base e dove deve attingere i principii dirigenti, benchè presenti numerosi punti di intersezione col diritto pubblico e si trovi posto sovente sotto la dipendenza di regole pertinenti a quest'ultimo. Tutto si riduce così ad una indagine di competenza alla quale si piegano spontaneamente e reciprocamente le sovranità territoriali, e per effetto della quale ogni Stato deve conseguire nei territori stranieri una protezione di diritti analoga a quella ch'esso può esercitare sugli stessi diritti nei limiti del proprio territorio. Tutta la ricerca del Brocher si riassume dunque nel combinare e nel temperare reciprocamente le idee di sovranità, di diritto e di competenza.

Ora, esaminando attentamente questo piano generale di studio, esposto con chiarezza di concetti e con forma perspicua e quasi brillante dall'insigne giureconsulto ginevrino, vi si riscontrano due caratteristiche. L'idea della competenza legislativa non è nuova, come non è nuova l'affermazione che si tratti di rapporti di origine pubblica i cui principii dirigenti si debbano cercare nelle intime profondità del diritto civile. Il Savigny formulava e l'uno e l'altro concetto quando disegnava le linee principali della comunità del diritto e quando voleva determinarne le basi applicandovi le regole che regolano la collisione dei diritti diversi di un medesimo Stato. Soltanto nello studiare a parte a parte tale competenza e tale comunità, il Brocher riesce più analitico del Savigny, ed invece di ricercare la sede dei rapporti giuridici direttamente, vuol farla indirettamente risultare dallo studio degli elementi che costituiscono ciascuno di quei rapporti. Fin d'ora apparisce dunque, com'egli stesso ebbe

a confessare, che il suo è piuttosto un metodo che un sistema. Dei risultati ai quali egli arrivava, deve comunque tenersi gran conto, poichè questi, in quanto giungono, per un procedimento di esame diverso, a coincidere con quelli del Savigny e dei giuristi italiani, saranno una riprova di molto valore della intrinseca bontà di questi ultimi.

279. — Il Brocher studia successivamente: 1° le persone; 2° i beni; 3° i fatti giuridici; 4° la famiglia; 5° la patria; 6° la competenza giudiziaria.

E qui riapparisce quel concetto dell'elemento territoriale e limitativo, al quale si è già accennato come alla parte più originale della dottrina di lui. Imperocchè v'è un ordine di considerazioni connesse colla conservazione di uno Stato o del suo diritto, che tutti ammettono come fondamento di un limite d'ordine pubblico all'attività giuridica dell'uomo. Ma il Brocher vuol considerare questo limite fra i fondamenti della dottrina come elemento dello sviluppo dei singoli rapporti (1), e lo vuol considerare nella forma più corrispondente all'indole speciale della materia. Secondo il Brocher, quelle esigenze che si oppongono in nome dello Stato e dei suoi diritti alle azioni di un individuo, sono del tutto diverse da quelle che si oppongono in nome dell'ordine e dell'armonia internazionale all'efficacia legislativa delle disposizioni di uno Stato sul territorio di un altro. Ed egli enunciava tale concetto prima ancora di venire all'esame speciale della materia del proprio studio, affermando una volta di più che egli considerava le esigenze della seconda specie non già come un'eccezione, ma bensì come un elemento reale intimo e necessario al giusto apprezzamento d'ogni rapporto di diritto.

Per effetto di questo limite:

1° Le regole ordinarie del diritto internazionale non possono oltrepassare i limiti di ciò che è necessario per raggiungere lo scopo prefisso.

2° Esse devono arrestarsi davanti a certe leggi morali e religiose o sociali, le quali si mostrino tanto imperative da parer necessario che siano osservate in una maniera assoluta sul territorio degli Stati che le abbiano sancite.

Questa concezione dell'elemento territoriale del diritto, ha indotto il Brocher ad escludere fin dal principio quel concetto della potenza

(1) Cfr. sopra, pag. 225 e 228.

positiva e negativa dell'ordine pubblico, che ha lasciato tanto di vago e d'arbitrario nelle dottrine del Savigny e di non pochi seguaci di lui (1). Trasportando poi quell'elemento dal campo dei rapporti nazionali a quello dei rapporti internazionali, il Brocher ha cercato di eliminarne quell'incertezza di limiti che aveva reso possibile, fra seguaci della stessa dottrina, una divergenza come quella che si è notata fra l'Esperson ed il Laurent (2).

Il Brocher considera l'elemento personale, allo stato puro da ogni influenza di altri elementi, nelle leggi che riguardano l'individuo, la famiglia e la patria. Ma nei rapporti concreti della vita questo elemento si presenta indirettamente, e riesce complicato col principio territoriale e con altre forze giuridiche, nelle leggi regolanti quella influenza che l'individualità, i legami di famiglia e quelli di patria devono esercitare sui beni. L'elemento territoriale viene a contemperarsi d'altronde coll'altro principio personale sotto le forme di domicilio, di residenza, di luogo dove i fatti si sono realizzati, di situazione reale o fittizia delle cose mobili ed immobili. Il Brocher fa tutto dipendere il proprio sistema appunto dall'azione contemporanea di questi vari elementi. Quale maggiore sicurezza od incertezza di metodo derivi poi da tale considerazione simultanea, nei rapporti giuridici complessi, della territorialità, della personalità e dei loro reciproci effetti, è ciò che potrà apparire chiaramente dall'esame particolareggiato della dottrina.

280. — I. Le persone considerate individualmente nel loro stato e nella loro capacità. — Sul continente europeo è generalmente ammesso che lo stato e la capacità delle persone debbano presentare una certa consistenza ed omogeneità, che procurino loro un riconoscimento giuridico sempre identico, qualunque sia il territorio della loro manifestazione od i tribunali chiamati ad assicurare loro la protezione dovuta. Ma si è già notato che, pur essendo d'accordo circa il principio, sussistono le divergenze fra gli autori circa i mezzi per fissarne l'applicazione, e mentre taluni vorrebbero dare col Savigny la preferenza al domicilio, altri cogli Italiani e col Laurent si pronunciano in favore della nazionalità. In questa controversia il Brocher si schiera fra i fautori della nazionalità.

Ma due dubbii di ordine più generale gli si presentano, come si

(1) Cfr. sopra, pag. 261-275.
(2) Cfr. sopra, pag. 312-323.

son presentati a chiunque si è occupato della materia prima di lui, indipendentemente dall'apprezzamento del criterio col quale si debba giudicare dello statuto personale.

È soltanto lo stato delle persone, considerato in una maniera astratta o generale, che deve essere regolato dalla legge del domicilio o della nazionalità, oppure la stessa legge deve reggere anche le singole conseguenze concrete che derivano da quella condizione giuridica della persona? Si devono considerare come leggi dello Stato e della capacità quelle soltanto che statuiscono in termini generali, o bisogna comprendere nella stessa categoria anche le disposizioni particolari e più o meno eccezionali che si riferiscono al medesimo soggetto? La soluzione più ristretta nell'una e nell'altra questione si collega a tutta la tradizione realista; essa è in fondo la base delle accuse rivolte dal D'Argentré ai commentatori a proposito della distinzione degli statuti (1).

Il Brocher, persuaso, com'egli confessa di essere, che convenga perfezionare l'opera degli statutari, piuttostochè ripudiarla nel suo complesso e dimenticarla; nell'intento di consolidare la base degli statuti (2), si stacca dalla tradizione del D'Argentré, per continuare invece, rettificandola, quella dei commentatori, del Dumoulin e di Guy Cocquille. Perciò gli pare assurdo che si debba giudicare secondo la legge del domicilio o della nazionalità se uno, per esempio, sia maggiore di età, per giudicare poi secondo la legge del giudice il grado di capacità che derivi da questa sua qualità di maggiore. Rispetto poi alla seconda delle domande testè riferite, egli procede più logicamente del Dumoulin. Quest'ultimo, dopo aver negata la realità degli statuti speciali dichiaranti una capacità, la ammetteva per quelli dichiaranti una incapacità. Egli invece sostiene che anche le disposizioni speciali, sia che stabiliscano una capacità, sia che stabiliscano un'incapacità (come sono quelle che riguardano l'adozione, il matrimonio, il divorzio, il testamento delle donne o dei minori, le modificazioni dello stato civile prodotte da voti monastici o sacerdotali) debbano considerarsi elementi dello statuto personale dell'individuo. Non potrebbero però estendersi, a di lui avviso, in paese straniero che non le ammetta, le incapacità derivanti da fede religiosa, le conse-

(1) D'Argentré, *Ad Juris Britannici, Titulum de donationibus. Commentarii*, Gl. VI, n. 18. Ediz. Parigi 1605, pag. 52, e Laurent, vol. cit., n. 277, pag. 393.

(2) Brocher, *Bibl. sur Laurent*, l. c., pag. 564, 565.

guenze di condanne penali, come la morte civile e gli effetti civili delle condanne per delitti politici, quando non ne ammetta l'esistenza anche la legge territoriale (1). Così egli riproduce del tutto le dottrine del Savigny relative allo stato e alla capacità della persona (2); ed in una parte tanto importante del sistema del Brocher è dato constatare l'accordo di lui coll'iniziatore tedesco e colla scuola italiana.

281. — II. *A*) Dei beni considerati in sè stessi. — Insieme col Savigny, col Mancini e col Fiore, anche il Brocher considera i beni nella loro individualità singola, riserbando ad altro ordine di considerazioni l'esaminarli allo stato collettivo, come parti di un patrimonio. I diritti reali, riguardino essi i mobili e gli immobili, hanno questo di particolare, che le cose sulle quali si esercitano, occupando un posto determinato, li mettono in un rapporto certo col territorio.

Ora il regolare così l'ordine politico, come l'ordine economico del territorio, spetta alla competenza della sovranità, e perciò spetta a questa determinare l'indole e gli effetti dei diritti reali ammessi ad essere esercitati nel suo territorio, qualunque sia il domicilio, la residenza o la nazionalità delle parti interessate, qualunque sia il luogo dove siasi verificato il fatto generatore del diritto. Tale è l'opinione del Savigny (3) che è stata accolta, soltanto per ciò che riguarda gli immobili, dal Codice italiano, quantunque il Mancini, nel discorso già citato circa tale argomento, pur non pronunciandosi per l'assoluta competenza dell'autorità territoriale, concludesse però esplicitamente in via generale per l'eguale importanza dei beni mobili e di quelli immobili nell'ordinamento giuridico del paese, e per l'eguale efficacia d'impero spettante alla legge territoriale sugli uni e sugli altri.

I diritti personali invece appartengono ad un'altra categoria. Sono soggetti più completamente all'influenza dei fatti giuridici, ed è meno necessario che siano retti nei limiti del medesimo territorio da una sola legislazione. Però il Brocher ravvisa anche in tali diritti un'aderenza al suolo derivante dalla persona del debitore, che porta seco le proprie obbligazioni e non può liberarsene colla stessa facilità che ha il creditore di sciogliersi da quel rapporto di diritto procedendo alla cessione del proprio credito. Infatti il Savigny stesso oltre che attribuire, per ciò che riguarda il diritto locale dell'obbli-

(1) Cfr. sopra, pag. 249-252.
(2) Savigny, l. c., § 365.
(3) Savigny, l. c., § 366.

gazione, non poca importanza al domicilio del debitore come a luogo presunto dell'esecuzione, ammette egli pure, per quanto si riferisce alla giurisdizione, questo legame del vincolo giuridico ad un territorio determinato, dipendente dalla persona del debitore.

Fanno eccezione infine le obbligazioni legali che si connettono sempre con qualche istituzione superiore dalla quale dipendano e dalle regole della quale debbano essere governate. Così le obbligazioni imposte, come il diritto di divisione, a proposito di qualche diritto reale, sono rette dalla legge cui è soggetto questo diritto; e la prestazione degli alimenti è governata dalle leggi della famiglia, quando però non cada anche sotto le disposizioni di qualche regola di ordine pubblico.

282. — *B*) Del patrimonio. — Ogni persona è il centro dei diritti e delle obbligazioni giuridiche che costituiscono il suo stato economico o patrimonio. Considerati così nel loro insieme, i beni sono giuridicamente raggruppati intorno ad una persona, e solo per mezzo di questa vengono messi in rapporto con una legge territoriale. Una tale unità rispetta l'individualità d'ogni diritto considerato in sè stesso, nella sua natura e nei suoi particolari effetti; essa ha importanza soltanto rispetto ai rapporti esistenti fra questi beni considerati tutti insieme e la persona cui appartengono; ed è sui fatti giuridici, ai quali quest'insieme di beni è sottomesso, che tali rapporti esercitano la propria influenza. Possiamo trovare in gran parte espressi tali concetti dal Savigny, combinando ciò che egli dice delle cose, delle obbligazioni e della successione (1). Egli però non ha avuto occasione di applicare tale unità se non che alla successione ed al fallimento; e sì nell'uno che nell'altro caso l'ha fatta dipendere dalla legge che regola lo stato della persona.

Il Brocher invece, dalla considerazione che i beni riuniti insieme nel patrimonio formano una collettività collegata più direttamente colla condizione della persona, deduce bensì la necessità d'una regola unica, ma non fa sempre derivare identicamente questa regola dallo stato personale, rivolgendosi ora alla nazionalità ed ora al domicilio, secondo le indicazioni della natura delle cose.

Egli considera infatti gli effetti di tale unità nella successione, nell'assenza, nella società, nel regime matrimoniale e nel fallimento. Ora egli si domanda: i provvedimenti conservativi da adottarsi circa

(1) Savigny, l. c., § 366, 374, 375.

l'insieme dei beni dell'assente, fatta astrazione da ogni idea di successione ereditaria, e quelli adottati circa i beni di chi sia in istato di fallimento, da quale legge unica dovranno dipendere? In tali casi, egli risponde, non si tratta di stato personale o di capacità, ma piuttosto di misure di protezione reclamate da un gruppo di diritti, il centro dei quali si trova nel luogo del principale stabilimento dell'individuo. Sarà dunque la legge di questo luogo che dovrà regolare tali rapporti ed essere riconosciuta anche in paese straniero.

Nella Scuola italiana si trova pure tale eccezione del patrimonio non dipendente sempre dalla legge nazionale della persona; il Fiore la ammette per il fallimento (1), ed il Carle (2) e l'Esperson (3) la riconoscono pure per lo stesso istituto. È vero che il Fiore sottopone invece l'assenza alla legge nazionale dell'assente (4), mentre il Brocher voleva preferita la legge del domicilio. Ma da una tale diversità nelle singole applicazioni non deriva che i giuristi italiani abbiano negata in generale la necessità di assoggettare talora il regolamento del patrimonio di una persona ad una legge unica diversa da quella nazionale; e che sia, indipendentemente dallo stato della persona, quella del luogo dove si concentrano tutti i molteplici e diversi diritti che a quel patrimonio si riferiscono ed i vari rapporti che ne risultano (5).

283. — III. Fatti giuridici. — Siccome i diritti nascono e si estinguono sotto l'influenza di certi fatti, volontari e casuali, principali ed accessorii, così il Brocher ne addita ad una considerazione particolare i principali, come sarebbero il possesso, la prova e le forme esterne degli atti, la volontà individuale e la prescrizione liberativa.

A) *Il possesso.* — Poichè questo è un fatto cui la legge attribuisce certe conseguenze, è sembrato logico in generale che tali conseguenze siano rette dalla legge del luogo dove quel fatto si è positivamente o negativamente manifestato. Quella legge pertanto dovrà governare esclusivamente il possesso, sia come stato di fatto, sia come causa di effetti essenzialmente giuridici. L'applicazione del

(1) Fiore, l. c., pag. 490.

(2) Carle, *Il fallimento nei rapporti internazionali.* Relazione al II Congresso giuridico italiano in Torino.

(3) Esperson, l. c.

(4) Fiore, l. c., pag. 132, § 77, e III ediz. cit., vol. I, § 429 e 438, pag. 448, 449, 450, e § 433, pag. 453, 454.

(5) Cfr. sopra, pag. 225, 234-236, 246, 247.

principio presenta però qualche difficoltà derivante dall'essere sovente il possesso un fatto assai complicato che si manifesta in circostanze molto diverse. Infatti, per quanto riguarda le azioni possessorie, la prescrizione e l'attribuzione dei frutti, tutte le volte che trattasi di immobili o di un possesso semplice che possa conseguire il proprio effetto senza titolo nè buona fede, è chiaro che, essendosi realizzati tutti i relativi fatti nello stesso territorio, della sola legge di questo dovrà farsi applicazione. Ma quando si tratti di mobili, o sia necessario il titolo o la buona fede, allora il Brocher riconosce, dopo un'analisi più minuta che non sia quella degli scrittori che lo hanno preceduto, che la soluzione non è più così semplice ed evidente. Nella prescrizione dei mobili corporali, per esempio, la difficoltà deriva da ciò che i fatti invocati possono essersi prodotti in paesi sottomessi a legislazioni molto diverse. Ora ciascuno di questi fatti deve, secondo il Brocher, restare sottomesso alla legge del luogo dove s'è manifestato; ed il risultamento giuridico definitivo deve dipendere da un'applicazione proporzionale di ciascuna di queste leggi, fatta rispettivamente al periodo di tempo durante il quale quei fatti ne hanno subíto l'impero.

Pur senza disconoscere che una tale regola è più propria ad indicare un criterio direttivo alla magistratura, che non a fornire al legislatore i termini di una disposizione precisa e concreta di legge, fa d'uopo notare come siano importantissime le conseguenze che ne derivano. Secondo il Fiore infatti la legge del luogo dove vuolsi esercitare l'azione possessoria, deve decidere quali siano le cose ed i diritti che possano esserne oggetto, di quali elementi il possesso debba essere fornito, quanto tempo sia necessario perchè ne derivi un fondamento all'azione, quali atti anteriori ne costituiscano la turbativa, ed entro qual termine l'azione possessoria debba essere esercitata. Se il Brocher arriva a risultati diversi derivanti da diverse cause, ciò è dovuto al di lui metodo di analisi più minuta applicata ai singoli elementi dei fatti giuridici, al concetto ch'egli si era formato dell'ordine pubblico internazionale, distinto dall'ordine pubblico interno, ed all'aver preso in considerazione questo stesso elemento, contemporaneamente agli altri, fra i fondamenti d'ogni istituto giuridico.

L'importanza del pensiero del Brocher risulterà meglio chiarita riferendone una fra le varie applicazioni. Supponiamo un paese la legge del quale stabilisca che il pagamento fatto in buona fede a chi è in possesso del titolo di credito, sia valido ancorchè posteriormente il possessore patisca l'evizione; che il possesso valga titolo, e che,

quando un individuo sia obbligato a dare una cosa mobile a due persone, quella che sia stata immessa nel possesso di fatto debba essere preferita e restare proprietaria se il possesso sia stato di buona fede, ancorchè il di lei titolo abbia una data posteriore a quella dell'altro pretendente. Supponiamo, accanto a quel paese, un altro territorio dove quelle disposizioni non siano in vigore. Se quelle condizioni si fossero verificate tutte nel primo territorio, potrebbero ritenersi sufficienti, per regolare in modo identico le conseguenze del medesimo fatto, anche nel secondo? Quelli che riconoscono come limite all'applicazione di una legge straniera l'ordine pubblico interno, rispondono *no*, perchè trattasi in tal caso di disposizioni di legge che sacrificano il diritto individuale a considerazioni di ordine generale. Il Brocher invece, e perchè considera come limite all'applicazione di una legge straniera l'ordine pubblico non già soltanto interno ma bensì internazionale, e perchè aggiunge questo agli altri elementi primitivi che devono costituire il fondamento e determinare il carattere d'ogni rapporto giuridico, arriva ad una risposta affermativa. E la appoggia alla considerazione che gli Stati sono indotti dal dovere e dall'interesse a riconoscere reciprocamente gli effetti di tali misure di polizia civile, trattandovisi di diritti acquisiti il mantenimento dei quali è desiderabile, e non offendendovisi punto, anzi risultandone assicurata la reciproca indipendenza degli Stati. In questo caso si manifesta come il metodo del Brocher renda più chiara la dottrina, e come il concetto ch'egli ha dell'ordine pubblico e l'applicazione che ne fa, in qualche parte la rettifichi e la completi.

284. — *B) Forma esterna degli atti, prove e presunzioni.* — Le forme esterne degli atti servono a due fini; il primo, quello di costituire una prova destinata a constatare il fatto giuridico del quale si vogliono assicurare gli effetti; il secondo consiste nell'attribuire le opportune garanzie alle parti, ai terzi ed all'atto stesso. Comunque sia, però della loro importanza giuridica, ciò non impedisce che tutte le forme rispondano ad un solo ordine di regole in quanto al modo di essere constatate. Dopo avere abbandonata così la norma, apparentemente più logica di tutte, che vorrebbe regolate le forme secondo la legge che governa il rapporto giuridico, come quella, manifestamente più assurda delle altre, che le vorrebbe rette dalla legge del luogo del giudizio, il Brocher constata col Savigny che ogni forma deve essere estimata secondo la legge del luogo della sua origine. La regola però, tuttochè generalmente ammessa in principio, solleva un certo

numero di difficoltà che possono essere riassunte sotto tre capi principali: α) Tutte le specie di prova devono essere egualmente estimate secondo la legge del luogo dove il fatto si è realizzato? β) Non si possono ammettere che le prove valide secondo i termini di questa legge? γ) La natura delle cose non impone una regola diversa per ciò che riguarda talune contestazioni?

α) In quanto alle prove ed alle presunzioni che, già perfette, sono invocate davanti al giudice, questo ne dovrà apprezzare la forza probante secondo le leggi del luogo dove quella prova si è formata, con qualche limitazione per quei documenti dei quali il rispettivo autore possa farsi un titolo. Ma vi sono prove che si formano davanti al giudice, come per esempio il completamento di un inizio di prova per iscritto; e queste nuove prove dovranno risultare da una procedura ordinata dal tribunale, la legge territoriale del quale dovrà regolarle. Le presunzioni legali infine non potrebbero avere sempre un'efficacia estraterritoriale, ma delle considerazioni di interesse comune potranno impegnare gli Stati a riconoscerle reciprocamente.

β) In quanto alla seconda questione, se cioè si debbano ammettere soltanto le prove valide a termine di legge del territorio nel quale si è realizzato il fatto da provare o l'atto presentato come prova, pare al Brocher di dover applicare quell'altro limite che fin da principio egli ha opposto alla comunità del diritto insieme coll'ordine pubblico, ed è il criterio della necessità. Il principio *locus regit actum* devesi secondo lui ammettere solo in quanto sia necessario; sicchè egli riconosce, se non quanto il Savigny (1), certo quanto la Scuola italiana (2), che due stranieri connazionali possano stringere un contratto eseguibile nella loro patria, colle forme richieste dalla legge di quest'ultima.

γ) Al terzo dubbio infine egli risponde col riconoscere, d'accordo col Savigny, l'efficacia negativa dell'ordine pubblico in modo da concretare questa regola: « La natura delle cose impone talvolta, per quanto concerne certe contestazioni, un esame della prova diverso da quello che esigerebbe la *lex loci contractus* ». L'ammissibilità di una prova, per esempio, non può essere riconosciuta all'estero secondo la legge del paese dove l'atto è stato compiuto, quando secondo la legge del luogo dove segue il giudizio, il fatto non possa essere oggetto di

(1) Savigny, l. c., § 382.
(2) Fiore, l. c., lib. II, sez. II, c. VI, e III ediz., vol. I, pag. 231, § 228, e cfr. sopra, pag. 279, nª 2.

indagine, come sarebbe in certi paesi della ricerca della paternità. Così alcune presunzioni, consistenti nel regolamento di qualche materia speciale relativa alla paternità od alla legittimità, vanno regolate secondo la legge che regola lo stato civile delle parti interessate.

285. — *C*) *Volontà.* — Questa è la parte del sistema del Brocher nella quale appariscono più manifesti gli effetti del di lui metodo. L'indicazione della competenza di una norma giuridica a reggere un determinato rapporto, ossia il criterio generale della comunità di diritto, risulta, secondo gli autori che lo hanno preceduto, dal Savigny in poi, dal cospirare di tre forze: personalità, libertà e sovranità. La prima impera assolutamente in ciò che riguarda le persone in se stesse, e l'ultima per quanto si riferisce alle cose in se stesse considerate. Nei singoli rapporti d'una persona colle altre persone o colle cose, quella entra nel dominio di una legge determinata, mercè l'esercizio del secondo elemento, la libertà, la quale si estrinseca appunto colla sommissione volontaria dell'individuo ad una legge determinata. Quando un rapporto di diritto sia ben determinato per volontà delle parti, e da tale volontà sia sottomesso alla legge d'un territorio, dovrà restare poi dovunque regolato dalla stessa legge, eccettochè in quanto vi si opponga l'ordine pubblico.

Il Brocher ammette l'efficacia di quegli stessi elementi, ma invece di riconoscere la sottomissione volontaria allo stato puro, per farne poi limitare gli effetti, con numerose eccezioni, dall'ordine pubblico interno dei singoli Stati, egli distinge l'ordine pubblico interno dall'ordine pubblico internazionale. Il primo, secondo lui, agisce parallelamente alla libera volontà delle parti nella formazione stessa di ciascun rapporto giuridico; e come esso è parte integrante nell'origine, così è parte integrante nell'esistenza e nell'applicazione di ogni rapporto giuridico, e deve essere suscettibile di applicazione estraterritoriale non meno degli altri elementi intrinseci del diritto. Il rapporto giuridico così risultante dovrà dunque essere arrestato e limitato nei proprii effetti all'estero, non già dall'ordine pubblico interno degli altri Stati, ma soltanto dal loro rispettivo ordine pubblico internazionale, cioè da quei limiti, risultanti dalla legge o dall'ordine naturale delle cose, che tendono a proteggere la personalità dello Stato non contro l'azione degli individui che gli sono soggetti, ma contro quella delle leggi di altri Stati. Così le eccezioni al riconoscimento di una norma di diritto straniero adottate per motivi d'ordine pubblico, diventano d'un lato meno numerose e dall'altro più

razionali, derivando da una fonte di limiti che trovasi nel vero campo di tale ordine di rapporti, cioè nel campo dei rapporti internazionali. Questo è il principale contributo portato dal Brocher alle dottrine del diritto internazionale privato.

Come la Scuola italiana aveva modificato il primo elemento della comunità di diritto del Savigny, così egli ne modificava gli altri due elementi, o, per dire più esattamente, li contemperava insieme così da renderne più precise le conseguenze. L'elemento volontario dei rapporti giuridici risulta dunque, secondo il Brocher, dalla combinazione della volontà individuale colla volontà della legge.

Dopo aver dimostrata l'influenza minima che ha la volontà individuale sullo stato e sulla capacità personale e sui diritti reali considerati individualmente, egli critica appunto il Savigny per aver ammesso che, mercè di un'aderenza volontaria, lo statuto personale dipenda dalla legge del domicilio, ed i diritti reali da quella della situazione dei beni. Nelle obbligazioni e negli atti giuridici entra, per una parte assai considerevole, la volontà umana, ma sempre però frenata dalla volontà della legge, che le assegna i limiti opportuni così rispetto alla forma come rispetto alla sostanza del diritto.

Nella forma:

α) Per ciò che riguarda le prove è onnipotente la legge; ma, nei limiti riconosciuti dalla legge straniera ed ammessi da quella nazionale, è riconosciuta, come si è veduto, la scelta delle parti.

β) Le garanzie delle parti possono poi da queste essere aumentate, ma non diminuite; e le garanzie che si riferiscono ai terzi non sono in alcuna misura suscettibili di modificazione per opera delle parti interessate.

Nella sostanza del diritto fa d'uopo distinguere tre elementi: α) La validità intrinseca dell'atto, cioè le condizioni interne nella realizzazione delle quali si riconosce l'esercizio normale della volontà. β) La validità legale risultante dal fatto che le parti non abbiano offesa veruna disposizione legislativa di ordine pubblico. γ) Il significato che bisogna attribuirvi, cioè l'indole e l'estensione degli effetti che deve produrre. Questi sono i tre elementi considerati e dal Savigny e dal Fiore, per non citare che due fra i predecessori del Brocher (1); ma dalla concezione diversa dell'ordine pubblico risulterà anche rispetto a quelli qualche conseguenza diversa.

(1) Savigny, l. c., § 374; Fiore, l. c., pag. 330.

286. — α) Rispetto alla *validità intrinseca* dell'atto è da osservare che la volontà deve essersi manifestata in modo più o meno diretto e che il valore può esserne annullato, o per lo meno modificato, in seguito a cause perturbatrici. Quale sarà la legge competente per decidere del valore dell'una e delle altre? Siccome qui non si tratta di decidere circa lo stato e la capacità della persona, ma di sapere se quella persona, *in un caso determinato*, abbia fatto un esercizio normale della propria volontà, così il Brocher vuole che si ritenga competente a decidere tali questioni non già la legge detta comunemente *statuto personale*, ma bensì quella del territorio dove l'atto si è realizzato. In ciò egli concorda col Savigny quanto al criterio generale che sia la legge regolante l'obbligazione quella che debba decidere della sua validità intrinseca; ma quanto all'applicazione del principio se ne allontana, perchè, mentre il primo si pronuncia per la legge della sede dell'obbligazione, che sarebbe quella del luogo di esecuzione, egli invece preferiva col Fiore quella vigente nel luogo della origine dell'atto giuridico. Una eccezione ammetteva soltanto per quegli atti che si riferiscano in via accessoria ad un istituto determinato, come sarebbe la successione, i quali devono seguire la legge regolatrice dell'istituto da cui dipendono anche per ciò che si riferisce alla validità intrinseca.

β) *Validità legale.* — In questo argomento trovano speciale applicazione i concetti generali espressi, trattando da principio della volontà, circa l'estraterritorialità degli effetti dell'ordine pubblico interno e circa l'assoluta territorialità dell'ordine pubblico internazionale. E siccome il Brocher applicava i suoi principii agli stessi esempi cui il Savigny aveva voluto applicare i proprii (1), così riuscirà più facile far apparire dal raffronto la diversità delle due dottrine sotto questo rapporto.

a) *L'usura.* — Il Savigny prende le mosse dai seguenti principii: « quando la validità di un'obbligazione si trovi in contraddizione con una legge positiva rigorosamente obbligatoria del paese cui appartiene il giudice, questo dovrà sempre attenersi, non già al diritto locale dell'obbligazione, ma bensì alla propria legge, la quale dovrà essere da lui osservata tanto positivamente quanto negativamente, nel senso che dovrà applicarla se esiste nel proprio paese e non esiste alla sede dell'obbligazione, e *non dovrà applicarla* se essa esiste nella sede

(1) Savigny, l. c., § 374.

dell'obbligazione e non nel proprio paese ». In omaggio a tali principii del Savigny, un giudice davanti al quale si domandi il pagamento di interessi del denaro in una misura proibita dalle leggi del suo paese, dovrà respingere tale domanda anche se una legge uguale od analoga relativa all'usura non esista alla sede dell'obbligazione. Ed in un altro territorio dove una tale stipulazione di interessi non sia proibita dalla legge, il giudice, in omaggio a quegli stessi principii, dovrebbe accogliere la domanda senza riguardo alla proibizione che potesse esistere nel territorio dov'è la sede dell'obbligazione.

Il Brocher esamina invece le stipulazioni d'interessi usurarii, partendo dal principio suesposto: « che nei rapporti internazionali i limiti territoriali all'applicazione della legge straniera ed all'efficacia dei rapporti giuridici costituiti all'estero non possono derivare se non che dall'ordine pubblico internazionale, mentre l'ordine pubblico interno, invece di essere territoriale e limitativo, deve essere, come ogni altro elemento dei rapporti giuridici, espansivo ed estraterritoriale ». Così egli arriva a due conclusioni del tutto diverse da quelle del Savigny. Se, appoggiandosi ad un contratto che è valido nel territorio dove è stato stipulato, si agisse davanti al giudice di un altro territorio per domandare il pagamento di interessi superiori a quelli che in quest'ultimo territorio siano consentiti dalla legge, non si potrebbe dal magistrato respingere giustamente quella domanda; e se si agisse davanti al giudice d'un paese dove si ammetta la libertà di stipulazione degli interessi, per domandare interessi non permessi secondo la legge del luogo del contratto, il magistrato dovrebbe dichiarare quella domanda inammissibile.

Le disposizioni di legge relative all'usura appartengono dunque, secondo il Brocher, alla categoria di quelle leggi di ordine pubblico interno che valgono soltanto per gli atti sottomessi alla loro competenza; e rispetto a questi atti soltanto, tali disposizioni estendono i loro effetti all'estero. Qual è dunque il territorio la cui legge deve ritenersi applicabile come più competente in tale materia? Quello dove il debitore aveva, durante il prestito, il proprio stabilimento principale, e non già quello del pagamento o quello del contratto, o quello indicato dall'intenzione delle parti, poichè trattandosi di disposizione di ordine pubblico, la legge soltanto, in quanto governa la persona del debitore ed il territorio sul quale, insieme colla persona di lui, si fissa il suo debito, può essere presa in considerazione. Se, durante l'esistenza del debito, il debitore avesse mutato la propria

sede, farebbe d'uopo distinguere: o egli era da principio stabilito in un luogo dove era ammessa la libera stipulazione degli interessi e si è trasferito in seguito dove la legge ne fissa un *maximum* lecito, ed in tal caso non gli sarà permesso di prevalersi di questa ultima legge per modificare le conseguenze di un contratto legalmente conchiuso; od avendo egli il proprio stabilimento in un luogo la legge del quale fissava un *maximum*, tale *maximum* è stato superato dai termini del contratto, ed egli trasporta più tardi il domicilio in un territorio dove sia ammessa la libera stipulazione degli interessi; ed in tal caso egli potrà esservi citato davanti al magistrato per la domanda di pagamento di tutti gli interessi scaduti nella misura determinata nel contratto, proporzionatamente al tempo trascorso dopo l'elezione del nuovo domicilio, ma non già per gli interessi valutati in quella misura, che fossero scaduti prima che egli si allontanasse dal domicilio primitivo.

b) *Debiti di giuoco.* — Rispetto a questi è naturale che il Savigny volesse far dipendere la validità dell'obbligazione esclusivamente dalla legge del luogo dove l'azione sia intentata. Il Brocher, pur riconoscendo che le questioni relative a tale argomento sono più semplici e permettono per lo più di attenersi ad una sola legge, concentrandosi quasi sempre il rapporto di giuoco in un atto solo od in atti fra loro assai prossimi e verificatisi perciò sul medesimo territorio, nondimeno considera che varie sono le soluzioni legali *circa il modo* di regolare il giuoco e le sue conseguenze, e ne conclude che, appartenendo quelle soluzioni all'ordine pubblico interno, i singoli Stati non hanno il diritto di imporsi reciprocamente quella che hanno rispettivamente adottata, ma devono tener conto, ciascuno nel rispettivo territorio, del sistema adottato dagli altri.

c) *Contrabbando.* — Secondo il Savigny (1), l'applicazione della territorialità assoluta alle obbligazioni risultanti dai delitti, è generale, perchè le leggi che puniscono i delitti sono sempre rigorosamente obbligatorie. Egli vuole adunque che tali obbligazioni siano giudicate secondo la legge del territorio dove si esercita l'azione e non secondo quella del luogo dove il delitto è stato commesso, ed applica così positivamente come negativamente tale criterio. Facendo ora l'applicazione di tale dottrina alla competenza legislativa in materia di contrabbando, verrebbe fatto di rispondere così: Ciascuno

(1) Savigny, l. c., § 374.

Stato cerca di proteggere se stesso contro il contrabbando; gli altri Stati non hanno il dovere di rispettare le disposizioni adottate altrove a questo riguardo, ed essi non dovranno rifiutare l'azione giudiziaria alle convenzioni stipulate collo scopo di esercitare il contrabbando negli Stati vicini. Molti giuristi si sono pronunciati in favore di tale opinione, sopratutto per effetto del concetto errato che essi avevano dell'ordine pubblico; e fra questi il Pardessus ed il Massé, entrambi per le medesime ragioni (1).

Altri però, fra i quali il Pothier (2), hanno saputo pervenire in tale argomento ad un principio direttivo più intimo ed equo, la buona fede cioè, ed i reciproci doveri di solidarietà degli Stati. Il Wheaton invece si limita a constatare l'isolamento degli Stati nei rapporti relativi a questa materia, ma lo Story stesso lo deplora (3), pronunciandosi in favore dell'opinione del Pothier ogniqualvolta non ne impedisca la realizzazione nel caso concreto la volontà esplicitamente negativa dello Stato cui il magistrato appartiene. Di tale opinione è pure il Westlake (4); e lo Heffter esprimeva la propria soddisfazione perchè, facendo eccezione alla costante giurisprudenza contraria dei tribunali, la Corte d'appello renana e la Corte suprema di Berlino, della quale egli faceva parte, avevano riconosciuto che ogni convenzione avente per fine l'introduzione di merci di contrabbando in un paese amico, è contraria ai buoni costumi ed alle leggi (5). Il Fiore sostiene validamente questa opinione, affermando col Kent che, secondo i dettami della buona fede e della giustizia internazionale, debba impedirsi a chicchessia di intraprendere e di compiere nel territorio un fatto qualsiasi lesivo dei diritti delle altre sovranità (6).

Il Brocher arriva anch'egli alla identica conclusione; ma per arrivarvi non ha disogno di ricorrere a principii superiori di perfetta giustizia e di alta moralità; bensì gli basta sviluppare logicamente le conseguenze necessarie della propria dottrina dell'ordine pubblico. In

(1) Pardessus, *Cours de droit commercial*, n. 1492; Massé, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, n. 568, vol. I, pag. 467-470. Paris, Guillaumin, 1861.

(2) Pothier, *Traité du contrat d'assurance*, n. 58, pag. 86-93. Marseille, Sube et Laporte, 1810.

(3) Story, *Commentaries on the Conflicts of Laws*, VIII edit. by Melville M. Bigelow, § 257, pag. 338-340. Boston, Little, 1883.

(4) Westlake, *Private int. law*, § 199.

(5) Heffter, *Droit intern. public*, § 32. Ediz. Bergson del 1866. Paris, Cotillon, pag. 60-63, e pag. 61, n. 2.

(6) Fiore, l. c., pag. 380-384.

tal modo egli può affermare: « Essendo ammesso che le disposizioni di ordine pubblico interno limitanti la volontà degli individui estendono i proprii effetti anche all'estero, quando, nel paese straniero nel quale si voglia farli valere, non sia in vigore una espressa disposizione contraria di ordine pubblico, sarebbe assurdo il voler dedurre, dal fatto che uno Stato non riproduca tale disposizione d'ordine pubblico vigente in altri Stati, che esso la ritenga contraria al proprio diritto pubblico, e perciò immeritevole di varcare i confini dello Stato che la abbia sancita ».

Da queste poche applicazioni apparisce chiaramente come non si esageri affermando che, se non il solo, certo il più importante contributo portato dal Brocher alla dottrina del diritto internazionale privato, sia stato il suo concetto dell'ordine pubblico. Questo infatti corrisponde meglio di altri concetti dell'ordine pubblico allo scopo di tutelare i diritti acquisiti e di sottrarre la loro esistenza da tutta quell'incertezza e quell'arbitrarietà che derivano necessariamente dal prendere per base dei limiti all'applicazione di una legge o di una relazione giuridica straniera l'ordine pubblico interno, e dal permetterne l'azione così positiva come negativa. Da un fondamento di tal natura scaturiscono così numerose e così poco precise e poco costanti le possibilità di eccezioni, da diminuire assai il rigore scientifico della regola. Si è infatti veduto in tale argomento, e sopratutto per ciò che riguarda le singole applicazioni, nelle quali si mette alla prova la bontà dei principii che si vogliono applicare, come i giuristi italiani non vadano sempre d'accordo nè col Savigny nè fra loro. L'Esperson cerca di temperare l'ordine pubblico esigendo la cooperazione costante del buon costume e, ad onta di tutto ciò, trova, in un caso particolare, troppo indeterminata in questa parte l'esposizione del Laurent, mentre il Laurent alla sua volta trova troppo indeterminata la forma usata dai nostri giureconsulti e dallo stesso Codice italiano. Ora, il Brocher, colla sua distinzione opportuna, portava appunto una qualche maggiore sicurezza e stabilità dove queste apparivano maggiormente necessarie.

287. — γ) *Senso e portata della volontà manifestata legalmente; sua natura ed estensione che devesi attribuirle.* — L'argomento trattato qui dal Brocher non potrebbe dirsi tutto d'interpretazione; e nell'opera del Savigny lo sviluppo deve cercarsene in due luoghi diversi. Il Savigny giudica che l'applicazione del diritto locale debba essere del tutto estranea alla risoluzione dei dubbi derivanti da espres-

sioni ambigue. In tal caso, egli dice, non si tratta di constatare o determinare una regola di diritto, ma piuttosto di ricercare l'effettiva intenzione delle parti, per la qual cosa sono sufficienti le regole generali relative all'interpretazione dei contratti (1). In quanto poi a quella specie d'interpretazione concepita in senso lato, che è diretta a completare l'espressione della volontà individuale e che in generale serve di fondamento alle regole d'un diritto complementare di quella volontà, il Savigny ne tratta come di elemento intrinseco pertinente all'essenza delle obbligazioni, quando parla della sede di queste e del loro diritto locale. E rispetto a ciò che il Brocher chiama *portata ed estensione della volontà individuale*, il Savigny applica la propria massima che la sottomissione delle parti, tanto espressa quanto tacita, ad una sede e ad un diritto locale, determina, così nell'uno come nell'altro caso, e la giurisdizione e la legge dell'obbligazione (2). « Questa opinione », che del resto fu adottata dal maggior numero dei continuatori di lui, « questa opinione, conclude il Savigny, differisce da quella che io condanno, appunto nel determinare la giurisdizione ed il diritto locale dell'obbligazione per effetto dell'accordo tacito delle parti anzichè per effetto delle prescrizioni della legge » (3).

La dottrina che il Savigny condanna era dunque sostenuta fin d'allora con questo ragionamento: « Per ogni obbligazione esiste un territorio determinato la cui legge deve regolarla; questo territorio può essere indicato dalla volontà delle parti, ma, se questa designazione manca, alla legge sola deve riconoscersi la competenza per determinarlo ». È in realtà la riproduzione della più importante controversia speciale fra il Dumoulin e il D'Argentré. Anch'essi andavano d'accordo nel ritenere dipendente dalla volontà delle parti, e perciò intimamente personale, lo statuto della comunione dei beni, quando questa risultasse da una convenzione espressa. Ma nel difetto di tale convenzione, il Dumoulin sosteneva, come si è avuta già occasione di notare (4), che interviene egualmente fra le parti una convenzione tacita mercè della quale esse adottano la legge del luogo di stipulazione. Ed ammetteva perciò che questa legge debba agire sui beni dei contraenti situati in paese di diritto diverso, perchè la loro volontà tacita, adottandola, la trasforma in uno statuto personale, come

(1) Savigny. l. c., § 374.
(2) Savigny, l. c., § 370.
(3) Savigny, l. c., § 370, 371.
(4) V. sopra, vol. I, pag. 476.

se il suo contenuto risultasse dalla loro volontà espressa. Il D'Argentré invece obbiettava che, se in tal caso la comunione dei beni esiste, tale esistenza ne deriva dalla sola autorità della legge e non dal consenso delle parti. Poichè la legge, per essere efficace, attinge la propria forza d'impero dal potere sovrano del legislatore, ed agisce nei varii casi, non per effetto del consenso delle parti interessate, ma anche malgrado il loro dissenso.

Il Brocher, il quale fin dapprincipio aveva mosso al Savigny la critica di riconoscere una eccessiva efficacia alla sottomissione volontaria, continua nel proprio ragionamento la tradizione del D'Argentré e nella propria conclusione quella del Dumoulin. Non riconoscendosi più, nè da lui nè dalla dottrina moderna, il principio che quei due giuristi ammettevano come regola generale: « *les coutumes sont réelles* », egli poteva benissimo far derivare dalla sola legge lo statuto della convenzione, senza che perciò un tale statuto (perchè non si collega nè allo stato personale nè alla libera volontà delle parti) dovesse ritenersi reale. Perciò egli stabilisce due principii, opposti del tutto a quelli del Savigny:

1° Le parti interessate non si possono considerare in via assoluta come accettanti liberamente la legge.

2° Quando esse accennano ad allontanarsene, non bisogna ricercare a quale altra legge esse abbiano inteso di sottomettersi. Quando le parti non fanno uso della facoltà di allontanarsi dal proprio diritto, si deve ricorrere alla legge competente per trovare una tal regola. L'Arntz sosteneva in generale l'opinione del Savigny (1), trattando la stessa questione dibattuta fra il Dumoulin e il D'Argentré. Il Teichmann invece, trattando il medesimo argomento, si pronunciava esplicitamente per l'autorità immediata della legge (2).

Ed anche in quella parte della materia cui il Savigny dava il nome di interpretazione in senso stretto, cioè in quella che si riferisce a determinare la portata della volontà espressa con qualche formula ambigua od oscura, il Brocher voleva che si chiarisse ed integrasse tale espressione incompleta della volontà mediante la legge competente a regolare il rapporto giuridico. Tale egli avrebbe voluto

(1) ARNTZ, *Cours de droit civil français*, vol. III, n. 545-552. Bruxelles 1879, 2me édit.; *Revue de droit int. et de lég. comp.*, vol. XII, n. III.

(2) TEICHMANN, *Ueber Wandelbarkeit oder Unwandelbarkeit des gesetzlichen ehelichen Güterrechts bei Wohnsitzwechsel* (*Programm zur Rectorats feier der Universität Basel*). Basel 1879, pag. 1-12.

considerare quella del luogo dove sia seguìto il contratto e sussidiariamente quella del luogo dove sia avvenuto il giudizio. Questa controversia di dottrina non ha l'importanza pratica che si è riconosciuta a quella relativa all'ordine pubblico, poichè non solo, in base al criterio della competenza, tale statuto delle convenzioni è in ogni caso egualmente estraterritoriale, ma anche quegli stessi argomenti, che potrebbero indurre a far dipendere il prevalere di una legge determinata dalla volontà presunta delle parti, possono servire a far riconoscere prevalente quella stessa legge per effetto del criterio di competenza. Un paragone del ragionamento fatto dal Savigny e dal Fiore a tale proposito, con quello del Brocher, basterebbe a provarlo.

Il Brocher andava, da ultimo, completamente d'accordo col Savigny nell'ammettere che l'elemento della volontà individuale sia ridotto alle minime proporzioni nelle obbligazioni nascenti dai delitti e dai quasi-delitti; perchè in tali casi vi può essere un fatto volontario, ma le conseguenze che ne derivano sono fissate dalla legge sul territorio della quale i fatti si sono avverati. Come apparisce poi naturale a chi consideri le di lui massime relative all'interpretazione dei contratti ed ai limiti della sommissione volontaria, egli estende le medesime conclusioni anche a ciò che riguarda i quasi-contratti.

288. — *D) Termine prefisso e prescrizione estintiva in materia di diritto personale.*

α) Il termine prefisso può essere risolutivo di un diritto o sospensivo del suo esercizio. Sarà regolato dalla legge regolante il diritto al quale si riferisce; ed agisce per solo effetto del trascorrere del tempo.

β) La prescrizione invece può essere sospesa da varie circostanze, e la sua influenza non è sempre assoluta. Essa non appartiene alla procedura, ma alla sostanza del diritto. Ed il Brocher, nell'ammettere questo principio generale, va d'accordo con quasi tutti i giureconsulti del continente europeo. Ma quando si tratta di determinare con criterio particolare la legge che debba essere specialmente competente, egli comincia col distinguere le obbligazioni legali, le quali devono reggere colle proprie regole anche la prescrizione che specialmente le concerne, da tutte le altre obbligazioni. La prescrizione di quelle obbligazioni, egli dice, è una misura di polizia civile destinata a consolidare il diritto: la legge della situazione delle cose perciò vi deve prevalere e, se trattasi di diritti personali, questi

pur devono considerarsi collegati al suolo mercè della persona del debitore (1).

Ma si può esitare fra i criterii della residenza, del domicilio e della cittadinanza del debitore, per determinare l'indole e la sede di questo legame che deve fissare le obbligazioni ad un dato territorio. Il Brocher, come molti altri, si pronuncia in favore della legge del luogo dove si riconosce la sede di un tale diritto; ma mentre questa legge, e insieme con questa, la legge della prescrizione è considerata dal Pothier come esistente nel domicilio del creditore, dal Merlin in quello del debitore, dal Savigny e dal Lehr nel luogo della esecuzione e dal Fiore in quello della stipulazione; il Brocher invece preferiva col Pardessus (2) la legge del domicilio che aveva il debitore quando si è obbligato. E più precisamente, nell'interesse delle parti, avrebbe voluto un'elezione di domicilio escludente, in caso di mutamenti, gli effetti del domicilio reale o di quello scelto in rapporto con un diritto accessorio; e ciò per assicurare fin da principio anche alle possibilità di prescrizione un carattere stabile, nel modo e nella misura.

289. — IV. Della famiglia. — Il diritto della famiglia, in quanto stabilisce dei rapporti personali, ha molta analogia collo stato della persona considerata in se stessa; e, in quanto si riferisce ai rapporti economici, si collega necessariamente alle regole generali stabilite a proposito dei beni considerati collettivamente nel patrimonio. Qui ricominciano dunque naturalmente a manifestarsi quelle coincidenze del Brocher coi suoi predecessori che, parlando dello stato della persona e del patrimonio, si è già avuto dapprincipio occasione di rilevare.

A conservare unita e forte la famiglia è necessario sottometterne i membri ad una medesima legge per ciò che riguarda la loro capacità ed i loro rapporti reciproci. Nella scelta di tale unica legge, il Brocher però si allontanava dal Savigny, come aveva già fatto nel rintracciare la legge che debba regolare lo stato della persona; e riconosceva, d'accordo colla Scuola italiana, che nella cittadinanza soltanto si può trovare la più generale e la più persistente regola di unità.

A) *La famiglia in quanto agisce sullo stato e sulla capacità delle persone* si manifesta in tre ordini distinti di rapporti : α) Matrimonio — β) Filiazione — γ) Tutela.

(1) V. *Dei beni*, n. 3; e Cass. francese, Albrecht, 3 gennaio 1869.
(2) Pardessus, *Cours de droit comm.*, n. 1495.

α) *Matrimonio.* — Per prevenire l'inconveniente di matrimoni che, validi in un paese, siano nulli in un altro, sarebbero, più ancora che in altre materie, necessarie delle convenzioni diplomatiche ispirate da una uniforme dottrina comunemente accettata. Finora non abbondano le convenzioni, e manca la uniformità nella dottrina. Dagli uni si considera il matrimonio come un sacramento, da altri come un contratto civile: chi lo ritiene indissolubile, chi ammette il divorzio. Da ciò una fonte quasi inesauribile di conflitti in una materia nella quale, come dice il Savigny (1), le considerazioni morali, religiose e politiche esercitano una grande influenza. Ed anche qui il Brocher vuol applicare il proprio criterio più limitato e sicuro dell'ordine pubblico, mettendo per base all'apprezzamento di tale ordine di rapporti questa regola generale: « Devesi fare una distinzione capitale fra il permettere che si formi sul proprio territorio un rapporto che si riprova, e l'accettarne le conseguenze quando quel rapporto si sia regolarmente formato all'estero ». Riconosce perciò in tale materia, come in qualunque altra, l'impero dell'ordine pubblico internazionale in quei limiti che non offendano troppo l'armonia esistente fra le nazioni. Ed intende che siano riconosciute quelle conseguenze dei rapporti di diritto permanenti che non potrebbero scindersene senza che ne derivasse per quei rapporti un'alterazione profonda, e che se ne proibiscano, per motivi di ordine pubblico, certe conseguenze non essenziali. Ne consegue che un giudice non potrà pronunciare il divorzio, non ammesso dalla sua legge, nemmeno fra quei coniugi stranieri la legge dei quali lo ammettesse, mentre, trattandosi di uno straniero divorziato legittimamente in paese dove ciò possa farsi, non solo si dovrà riconoscere per legittimo, nei paesi che non ammettono il divorzio, il secondo matrimonio di lui, ma questo potrà anche esservi legittimamente celebrato.

Poichè questa materia forma, per così dire, lo stato e la capacità della famiglia, pare ragionevole al Brocher di regolare i rapporti matrimoniali già formati, secondo la legge che governa lo stato e la capacità del marito che è il capo della famiglia. In quanto poi ai rapporti matrimoniali che si vogliano formare nel territorio, dai principii già esposti deriva logicamente il seguente criterio direttivo: « Gli impedimenti dirimenti devono essere regolati dalla legge della

(1) Savigny, l. c., § 379.

nazionalità di entrambi gli sposi al momento del matrimonio: quelli proibitivi invece dalla legge del luogo della celebrazione ».

β) *Filiazione.* — Da quanto si è esposto finora, facilmente risulta che, secondo il Brocher, la legge personale del marito deve regolare anche i rapporti dei coniugi colla prole legittima. Anche il Savigny, che pure sottoponeva tali rapporti alla legge del domicilio, adottava, nel caso della legittimazione, il diritto del domicilio paterno al momento della celebrazione del matrimonio. Il Fiore indicava invece la legge nazionale del padre come quella che deve regolare tutti gli altri rapporti giuridici della famiglia. Ora la conclusione del Brocher, che preferiva la legge nazionale del padre al momento della celebrazione del matrimonio, rende più preciso tale criterio e lo effettua anche più completamente, ammettendo che un padre, appartenente per nazionalità ad un paese la cui legge non gli conceda il riconoscimento del figlio naturale, possa, naturalizzandosi in un altro paese, riconoscere quel figlio con effetti legali anche nel territorio del suo paese d'origine. Nè tali effetti della naturalizzazione del padre potrebbero in quest'ultimo territorio essere assimilabili alle conseguenze degli atti compiuti in frode della legge, essendo il diritto della famiglia un complesso di rapporti del tutto *sui generis*, ed ispirandosi il desiderio della legittimazione al sentimento più naturale fra quanti possono agitare il cuore dell'uomo.

In quanto poi alla legittimazione *per rescriptum principis*, il Brocher seguiva il Fiore ed il Rocco (1) volendo che essa sia riconosciuta dovunque, non già perchè egli attribuisca al sovrano d'uno Stato autorità nel territorio degli altri Stati, ma perchè riconosce negli effetti di quella legittimazione un elemento dello statuto personale, il quale deve essere universalmente ed integralmente riconosciuto. Se però, aggiunge egli, la legittimazione non fosse stata accordata se non che nei riguardi d'uno dei genitori, si dovrebbe prendere per norma la legge di questo solo.

Gli effetti del riconoscimento di un figlio naturale devono essere regolati, per accordo dei varii scrittori, secondo la legge personale del genitore che lo riconosce. Il riconoscimento coattivo, in quanto si riferisce all'obbligo degli alimenti, dice il Brocher, dipende dalla legge territoriale; ma per ciò che si riferisce alle questioni di stato e di capacità, dipende interamente dallo statuto personale.

(1) Fiore, l. c., p. 214; Rocco, l. c., parte I, cap. XXIII.

Parmi però più precisa e più equa la conclusione del Fiore, il quale ammette che gli effetti del riconoscimento coattivo debbano determinarsi secondo la legge patria del padre e della madre, ma che la sua esistenza come riconoscimento autentico debba essere dipendente dalla legge del luogo dove l'atto di riconoscimento è avvenuto, indipendentemente dalle esigenze dell'ordine pubblico interno.

Infatti dal principio che le indagini di paternità non sono permesse nel nostro paese, non si può inferire che tali indagini non debbano essere permesse a danno di un nostro cittadino in paese straniero e che la dichiarazione dello stesso, fatta innanzi al magistrato d'altro paese dov'egli sia stato convenuto, non costituisca alcun riconoscimento autentico. Sarebbe una finzione legale ingiusta e pericolosa il passare dalla proibizione di provare nel nostro territorio un fatto, alla artificiosa ignoranza legale del fatto stesso anche quando esso sia stato provato con forme legittime nel territorio di un altro Stato. — Quanto all'adozione, il Brocher segue del tutto le conclusioni del Fiore.

γ) *Tutela*. — Tutti ammettono che la tutela dipenda, quanto i suoi motivi, dal diritto pubblico, rientrando, per ciò che riguarda le sue conseguenze, nel dominio del diritto privato. Essa rappresenta infatti l'esercizio di quella protezione che lo Stato può e deve accordare alle persone meno atte a proteggere se stesse, cioè agli impuberi ed ai minori. Prendendo però le mosse da questo punto di veduta, si può giungere, nella scelta della legge che debba determinare la costituzione e l'esercizio della tutela, a conclusioni del tutto opposte le une alle altre. Molti scrittori, specialmente anglosassoni, ritengono, sempre in omaggio a quel principio della funzione dello Stato, tale istituto essenzialmente territoriale, in modo che tante debbano essere le tutele quanti sono i territori dove trovansi i beni del minore. Il Savigny, appoggiandosi al Voet ed allo Schäffner, ammette invece, come regola, che il diritto locale del domicilio dell'impubere debba reggere la tutela, ma soggiunge tosto, riferendosi a quel principio fondamentale, che tale regola non è punto assoluta e che perciò, quando gli immobili del minore siano situati in diversi territori, può avvenire che si costituiscano altrettante tutele speciali per quelle varie parti del patrimonio di lui, così che egli abbia varii tutori in diverse località.

Il Fiore ed il Brocher invece derivano appunto dalla base politica della tutela, la convinzione della sua necessaria unità. La legge più

competente in tale materia, essi dicono, non può essere se non che quella della patria di chi deve essere protetto da un tale istituto; e la tutela, essendo una dipendenza del diritto di famiglia, deve considerarsi come una persona morale la cui nazionalità non possa essere diversa da quella dell'individuo a benefizio del quale esiste. Come i diritti personali derivanti dal matrimonio e dalla patria potestà, così anche la tutela non sarà regolata dalla legge territoriale se non in quanto trattisi di misure di polizia e di incapacità, transitorie e locali.

290. — *B*) *Influenza della famiglia sui beni.* — Tali effetti si riscontrano principalmente: *α*) Sui beni dei coniugi — *β*) Sulla successione intestata, sulle donazioni e sui testamenti — *γ*) Sull'ipoteca legale e sull'usufrutto legale.

α) *Regime che deve regolare i beni dei coniugi.* — Se gli sposi lo hanno espressamente determinato, non si tratterà che d'interpretare le loro disposizioni applicando al contratto le regole comuni relative alla forma ed all'interpretazione; ed alla capacità personale quelle che regolano il matrimonio. Nel caso che i coniugi non abbiano stipulata una convenzione, il Brocher segue anche in ciò la Scuola italiana e sostituisce al domicilio, preferito dal Savigny, la legge nazionale del marito.

Così il Brocher, sulle traccie della Scuola italiana, dopo avere ammesso il criterio generale dell'immutabilità del regime coniugale, evita la contraddizione di far dipendere tale regime da una legge che debba continuare a reggerlo anche quando abbia cessato di regolare lo stato delle persone. In tale ordine di idee lo ha seguito il Martin nello *Studio sul progetto di legge federale sui rapporti di diritto civile fra persone stabilite in Svizzera* (1).

β) *Successione intestata, testamenti e donazioni.* — Il carattere personale attribuito allo statuto della successione risale, nella epoca nostra, all'opera del Savigny. Si è veduto altresì quante incertezze e quante contraddizioni restassero pur tuttavia in questa parte della dottrina di lui, per aver egli collegato anche quello statuto, come tutto quanto si riferisce alla persona ed alla famiglia, alla legge del domicilio. Il Fiore vi sostituisce, col Mancini e colla Scuola italiana, la legge nazionale del defunto, ma ne fa dipendere la compe-

(1) Art. 6. Berna 1878. Questo lavoro era stato premiato al concorso aperto dalla Società svizzera dei giuristi sul tema: “ Del regime matrimoniale fra persone stabilite in Svizzera e dell'effetto su questo regime del mutamento di domicilio „.

tenza, come faceva il Savigny per il domicilio, dalla sottomissione volontaria, dicendo che in questo caso la legge è come il testamento presuntivo del defunto (1).

Il Brocher che parlando dell'arbitrio individuale nei rapporti di diritto, non aveva adottato questo criterio della volontà tacita e della volontà presunta, ammetteva nella successione intestata il predominio della legge nazionale del defunto, ma non già come legge prescelta dalle parti, bensì come sola norma competente a reggere un tale istituto.

Si può dunque considerare prevalente nelle dottrine dell'Europa continentale il principio della successione unica, e si può constatare come preferita da molti, quale criterio di unità, la legge nazionale. L'Antoine, traduttore del *Diritto penale internazionale* del Fiore e degli *Articoli* pubblicati dall'Esperson nel *Journal de Droit international privé*, e con lui il Dubois, adottano, per esempio, quell'ultimo principio nel libro: *De la succession légitime et testamentaire en droit international privé, ou du conflit des lois de différentes nations en matière de successions* (2). Essi seguono completamente il Brocher e la Scuola italiana; poichè, dopo aver ammessa in materia di successioni la regola dell'impero di un'unica legge, escludono quella del domicilio e sostengono che tanto la successione intestata quanto quella testamentaria, eccettochè in quanto si riferisca alla *forma esterna*, debbano essere regolate dalla legge nazionale del defunto. L'Antoine insiste anzi su questo punto e fa rilevare con grande sagacità la importanza pratica della preferenza data alla legge della nazionalità su quella del domicilio. Di quest'ultima egli non riconosce la prevalenza se non che per determinare la competenza dei tribunali, mentre dell'altra legge riconosce la competenza in tutto quanto si riferisce alla sostanza della successione, limitata soltanto dalle due seguenti eccezioni:

1. Quando l'applicazione del principio della successione unica sia contraria alle leggi proibitive dello Stato dove si trovano i beni.

2. Quando quell'applicazione produca talune conseguenze che, nel paese della situazione dei beni, sarebbero considerate come contrarie all'ordine pubblico, ai buoni costumi od all'interesse economico o politico dello Stato.

(1) Fiore, *Diritto intern. privato*, III ediz., vol. I, parte generale, cap. IV, § 106, pag. 140. Torino, Unione Tip.-Editrice, 1888.

(2) Marescq ainé, Paris 1876. V. *Journal de droit int. privé*, t. II, e *Prefazione* al libro dell'Antoine.

Il Brocher ebbe occasione (1) più tardi di pronunciarsi ancora in favore della legge nazionale a proposito del trattato franco-svizzero del 1869, ottenendo, specialmente per ciò che riguarda la successione e la tutela, il plauso del Lehr (2). Un altro svizzero però, appartenente ai cantoni tedeschi, il Curti, prese argomento dal medesimo trattato per deplorare che in materia di successione si fosse sacrificata la legge del domicilio a quella della nazionalità (3). Analoghi principii applica il Brocher alle donazioni ed ai testamenti, distinguendo, come è richiesto dalla diversità dei casi, le questioni di forma da quelle di capacità.

γ) *Ipoteca legale ed usufrutto legale* sono diritti egualmente dipendenti dallo statuto personale per consenso degli autori dei quali ci siamo finora occupati; perciò l'ipoteca della moglie dipenderà dalla legge nazionale cui era soggetto il marito al momento della celebrazione del matrimonio; quella del minore e dell' interdetto dalla loro legge nazionale rispettiva; e l'usufrutto del padre e della madre dalla legge nazionale di questi ultimi. I varii Stati dove possono essere situati i beni, non avranno se non che il diritto di fare rispettare nel proprio territorio le misure di pubblicità, giudicate eventualmente necessarie per la sicurezza generale.

291. — V. Della patria. — In tale argomento tutta la dottrina del Brocher è dominata da un principio solo: ognuno deve avere una patria e non averne che una sola, per impedire conflitti fra Stato e Stato, fra Stati e privati, e fra privati e privati, e sopratutto per evitare quel dualismo dello statuto personale che sarebbe la conseguenza di una doppia patria e quella mancanza di fondamento del medesimo statuto che sarebbe la necessaria conseguenza del non averne alcuna.

I modi di acquisto e di trasmissione della nazionalità sono tre: 1. L'origine risultante effettivamente o per finzione dalla filiazione legittima, naturale ed adottiva. 2. La nascita nel territorio. 3. La naturalizzazione.

L'esistenza di nazionalità multiple deriva da ciò che i varii Stati non si intendono per adottare a tale riguardo un principio comune.

(1) Brocher, *Comment. pratique et théorique du traité franco-suisse du 15 juin 1869 sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements.* Genève, George, 1879.

(2) Lehr, *Revue de droit int. et de lég. comp.*, vol. XI, pag. 467-469.

(3) Curti, *Der Staatvertrag zwischen der Schweiz und Frankreich, betreffend gerichtsstand. Urtheilsvollziehung, vom* 15 *Juni* 1869. Zurich 1879.

l'applicazione del quale possa condurre all'armonia così desiderabile in questa materia. Perciò il Brocher vorrebbe che tutti gli Stati cominciassero a non accordare la naturalizzazione a chi non dimostrasse d'aver distrutto ogni vincolo coll'antica patria.

Fra i due altri elementi, l'origine cioè e la nascita nel territorio, che rappresentano in questa materia la personalità e la realità del diritto, il Brocher preferisce il primo, e conclude affermando che ogni abdicazione di una nazionalità senza acquisto di un'altra, dovrebbe essere proibita come contraria all'ordine giuridico generale; che lo acquisto d'una nuova patria dovrebbe essere riconosciuto come un atto importante rinuncia alla nazionalità originaria; e che ciascuno Stato dovrebbe fin d'ora astenersi dal decretare, a danno dei proprii sudditi, una privazione di nazionalità cui non corrisponda l'acquisto di un'altra; che dovrebbe considerarsi come un beneficio internazionale ogni facilitazione offerta a persone senza patria d'acquistarne una; che la moglie dovrebbe sempre acquistare col matrimonio la nazionalità del marito, ma essere ammessa a riacquistare la propria cittadinanza primitiva nel caso di scioglimento del matrimonio; e che infine, ad evitare con maggior sicurezza i due gravi inconvenienti dell'assenza di nazionalità e della nazionalità doppia, tutta questa materia dovrebbe essere regolata dagli Stati con trattati internazionali. Tali trattati egli invoca anche in altre materie, come, per esempio, in quella della tutela, quando sia diverso il territorio della situazione dei beni da quello dello Stato cui l'incapace appartiene.

292. — Quantunque la dottrina del Brocher si presentasse con caratteri esclusivamente scientifici, lo scopo ch'egli si proponeva era essenzialmente pratico. Anzi egli cercava tanto più d'astrarre dalle regole consuetudinarie e positive attuali, quanto più gli pareva necessario di far cospirare tutte le menti ad un fine comune. Questa opera scientifica doveva, secondo il di lui avviso, essere attiva nello studio e nella propaganda delle proprie conclusioni, prima che le codificazioni nazionali avessero seguìto in ciascuna parte d'Europa la formazione degli Stati nazionali. La codificazione infatti tende ad irrigidire in ciascuno Stato certe regole particolari dalle quali potrebbe derivare qualche maggior ostacolo al conseguimento dell'armonia quando per tal guisa, nella materia del diritto internazionale privato, fossero stabilite regole diverse per ciascun paese.

Appunto sotto l'influenza di preoccupazioni così pratiche, il Brocher si era accinto a sviluppare la propria dottrina scientifica, ricercando

la base naturale del diritto internazionale privato. Le qualità eminenti dell'ingegno, che egli ha dimostrato in questa difficile e nobilissima impresa, sono tali che lo stesso Westlake, il quale pure non credeva possibile di arrivare all'unanimità per sola influenza della dottrina, era costretto a confessare, come si è già ricordato (1), che « se v'ha uomo atto a concepire un assentimento generale questi è Carlo Brocher ».

Uno scrittore di tal tempra non poteva non agitare il campo della scienza, nè doveva restare senza seguito fra gli studiosi. Ne ebbe infatti in Italia non meno che altrove e, quando vi fu pubblicata a parte l'opera del Milone (2), venne notata subito in quella l'influenza degli articoli nei quali il Brocher aveva cominciato ad esporre, nella *Revue de Droit international*, il proprio sistema. « A me sembra, vi dice il Milone parlando del principio di nazionalità, che, a voler dare a tale principio un giusto peso anche nel campo del diritto privato internazionale, possa la nazionalità considerarsi come uno degli elementi o criteri per la scelta delle leggi, ma non mai come il solo cui convenga attenersi ».

Egli applica dunque quel principio così alle persone fisiche come a quelle giuridiche; adottando per le cose individualmente considerate, come loro legge nazionale, quella della loro situazione, senza distinzione fra i mobili e gli immobili. Per le cose poi che formano parte di un patrimonio considerato nella sua collettività, o che sono oggetto di una obbligazione, dei rapporti di famiglia o della successione, riconosce egli pure che in tali casi esse vanno regolate dalle altre leggi che governano rispettivamente la materia principale della quale si tratta. Nelle obbligazioni convenzionali il Milone ammette sempre, ad onta delle obbiezioni del Brocher, la sottomissione volontaria, anche presunta come criterio della legge regolatrice del vincolo giuridico (3); e segue il Fiore anche rispetto alle distinzioni relative alla legge che regola così gli effetti essenziali e naturali come quelli accidentali del contratto. Quanto ai rapporti di famiglia ed al diritto successorio, egli pure riproduce la dottrina del Brocher.

Anche l'Olivi, il quale scriveva del Brocher tre anni dopo la pubblicazione del libro del Milone, benchè confessasse che il giurista

(1) V. pag. 323, nª 3.

(2) Milone, *Dei principii e delle regole di diritto internazionale privato*. Napoli 1873. — Cfr. nº 245, pag. 219-222.

(3) Cfr. sopra, pag. 222.

ginevrino non era riuscito a trionfare della Scuola italiana, pur ne riconosceva l'importanza delle conclusioni e si compiaceva « pel migliore indirizzo che si proponeva di porgere alla scienza » (1).

Tutto quanto ho esposto finora circa i rapporti del Mancini e dei suoi seguaci col Savigny, e circa quelli del Laurent, col Brocher, mi induce a concludere che l'Olivi non poteva certamente trovar debellata, dall'autore che egli prende ad esaminare, la Scuola italiana, poichè si può trionfare di quelle forze soltanto che ci sono avverse e che si ha il proposito di combattere. Ora io credo d'aver dimostrato abbastanza che gli scrittori finora esaminati, a cominciare dal Savigny, se si voglia prescindere dalle particolarità ed attenersi ai fondamenti delle dottrine, nè sono avversi gli uni agli altri, nè si contrastano (2); ma corrispondono invece ad altrettante fasi dello svolgimento logico e progressivo di una stessa dottrina. Ciò apparisce nello studio del Brocher, nonostante il diverso metodo e l'ordine diverso della materia; e risulta in modo ancor più evidente da un breve riassunto delle sue conclusioni.

293. — Egli prende le mosse dalla comunità del diritto quale l'avevano concepita ed ammessa il Savigny, la Scuola italiana ed il Laurent. All'elemento personale assegna per fondamento la nazionalità, attribuendo a questa esclusivamente il significato politico di cittadinanza che del resto le è stato sempre attribuito in una materia così intimamente costituita da elementi concreti. La legge assunta come regolatrice dello stato della persona, non solo regge, nel sistema del Brocher, l'individuo considerato nei proprii rapporti generali e speciali, come già prima di lui era stato sostenuto da altri, a cominciare dal Savigny; ma impera altresì su tutti quei rapporti estrinsecamente patrimoniali i quali si collegano collo stato dell'individuo o con quello della famiglia. Perciò, ispirandosi, come il Fiore, nelle distinzioni alla realtà dei rapporti concreti, egli sottopone il patrimonio alla legge del domicilio ogniqualvolta, come per il fallimento o per l'assenza, quella legge sembri la più competente secondo la natura dei rap-

(1) Olivi, *Carlo Brocher e la scuola italiana di diritto intern. privato* (*Archivio giuridico*, vol. XVII, 1876, pag. 61-65).

(2) V. v. Bar, *Theorie und Praxis des Internationalen Privatrechts*, II Aufl., I Band. Hannover, Hahn, 1889, n° 30, pag. 100: " .....sie führt..... auf nichts anderes zurück als auf eine genaue Erwägung des Zweckes der Gesetze..... Mit anderen Worten, Brocher's Unterscheidung ist nichts anderes als eine nicht ganz klar ausgeführte Anwendung der Theorie der deutschen auf Wächter und Savigny beruhende Schüle ".

porti giuridici. Nei diritti personali e reali che derivano dal matrimonio, dalla filiazione e dalla tutela, una sola legge egli riconosce da ultimo come competente, quella cioè del marito, del padre o del tutelato, come era già stato ammesso dai giuristi che l'avevano preceduto. Sicchè in tutte le materie nelle quali la Scuola italiana ammette come regola lo statuto personale e la nazionalità, questi medesimi criterii sono riprodotti come ispiratori della regola corrispondente del Brocher.

Quest'ultimo può essere distinto dalla Scuola italiana soltanto per ciò: che determina con precisione ed in parte rettifica due elementi già ammessi non solo da quella, ma anche dal Savigny. Determina l'elemento volontario sostituendo al criterio della volontà presunta quello della volontà della legge; e tale modificazione ha un'importanza puramente teorica perchè quella stessa legge che egli, nel silenzio delle parti, riconosce come imperante sul rapporto giuridico perchè *più competente*, era, da chi ammetteva la ricerca della volontà presunta, riconosciuta del pari come imperante perchè *voluta* dalle parti. E quasi lo stesso può ripetersi a proposito dell'interpretazione.

Il terzo elemento della comunità di diritto del Savigny, cioè l'ordine pubblico, è il solo che risulti realmente modificato dalla dottrina del Brocher, non soltanto dal punto di veduta del suo fondamento scientifico, ma anche da quello delle sue conseguenze pratiche. L'ordine pubblico interno, a di lui giudizio, non deve trovare ostacoli per ciò che si riferisce al riconoscimento, negli altri Stati, degli effetti che ne derivano, ma deve essere anzi riconosciuto nei suoi effetti, come elemento essenziale del rapporto giuridico, ogni qualvolta non incontri, nel territorio di un altro paese, un ostacolo risultante da regole espressamente sancitevi dalla sovranità nei riguardi dell'applicazione delle leggi straniere, e non emanate soltanto collo scopo di porre un freno all'attività individuale dei sudditi. Dal fatto che uno Stato non riproduca una disposizione di ordine pubblico vigente in un altro Stato, sarebbe assurdo dedurne la conseguenza che interessi l'ordine pubblico di quel primo Stato il non ammetterne l'applicazione.

Questa è la parte più sostanzialmente originale della dottrina del Brocher. Ma da ciò non deriva ch'egli debba essere considerato un avversario degli antecedenti, come non potrebbe dirsi che il Mancini sia stato avversario del Savigny per aver sostituito, nel regolamento internazionale dei rapporti personali, al criterio del domicilio quello della nazionalità. Nell'un caso anzi come nell'altro, la dottrina ritrae

perfezionamento da tali divergenze; e derivandone maggior precisione per uno dei suoi elementi è sicuro che ne ritrarrà tanto maggior sicurezza nelle proprie conclusioni.

Tre sono dunque, per conchiudere, i punti originali nell'opera del Brocher:

1. Se v'è qualche originalità nel mio lavoro, scriveva egli stesso, quella si trova nel punto di partenza piuttosto che nel contenuto delle dottrine; e tale punto di partenza sta nell'aver voluto fare di un sistema puro ed astrattamente universale, la base di una comunità di diritto che debba trovare la propria effettuazione nella pratica.

2. È originale il di lui metodo e la partizione da lui fatta della materia; anzi chi ne abbia prese in esame a parte a parte le conclusioni, si persuade che, come il di lui indirizzo è del tutto speculativo, così la sua maggiore preoccupazione sta in un certo rigore logico nel metodo da seguire.

3. È originale la dottrina formulata da lui dell'ordine pubblico, che egli determina nei suoi limiti e contempera cogli altri elementi della comunità di diritto, considerandolo non già come eccezione, ma come intrinseco fattore delle singole regole.

Di questi tre tratti caratteristici notati nel lavoro del Brocher, soltanto l'ultimo, come si è già dimostrato, modifica la dottrina e manifesta la propria influenza nell'applicazione pratica; ma, nell'una e nell'altra, quell'elemento, non è una forza indirizzata alla distruzione ed al rinnovamento di quanto era stato fatto e pensato antecedentemente, ma un elemento di rettifica e di precisione; esso non distrugge, ma completa la certezza di quella dottrina, che, elaboratasi faticosamente dai glossatori fino al Savigny, è venuta sviluppandosi dopo quest'ultimo, con intenti sempre più arditi, con scopi sempre più precisi, e con orizzonti sempre più vasti.

294. — Infatti alla dottrina di lui si può ricondurre quanto nell'ultima parte del secolo XIX è stato scritto ed affermato a proposito dell'ordine pubblico. Ed è dovuto in gran parte a lui se si è ridotta a maggior grado di semplicità e di chiarezza una parte del sistema del diritto internazionale privato, che non può del resto, per l'indole propria, conseguire lo stesso grado di chiarezza e di semplicità cui le altre parti di quel sistema sono pur arrivate.

Tutti gli autori, come tutte le leggi, vanno d'accordo nel riconoscere questo principio come necessario: che l'applicazione della legge di un paese nel territorio di un altro, trova un limite, non

derivante dalle regole normali della comunità del diritto, in taluni diritti supremi dello Stato nel cui territorio quella legge si dovrebbe applicare. In taluni casi la legge territoriale si applica a preferenza di ogni altra perchè così vogliono le regole normali di competenza legislativa: così avviene quando si tratta della definizione e distinzione delle cose che vi sono situate. In altri casi la legge di uno Stato si applica, indipendentemente dalle regole normali di competenza legislativa, perchè importa supremamente a quello Stato di far prevalere in tali casi la propria legge a qualunque altra nei limiti del proprio territorio. Queste due categorie diverse di casi rappresentano: la prima l'applicazione normale, l'altra l'applicazione eccezionale, o anormale, o mutabile e contingente dello statuto reale; e perciò soltanto con tale distinzione è dato considerarle, insieme col Bustamante, come due forme diverse di una medesima questione (1). Nel secondo caso si presenta veramente la prevalenza di quello che si designa comunemente come ordine pubblico.

Questo limite assoluto all'efficacia estraterritoriale di una legge, è stato da taluni designato come una eccezione alle regole normali di competenza territoriale delle leggi; da altri è stato considerato come un elemento integrante d'ogni sistema di diritto internazionale privato. Nè questi diversi modi di considerarlo indicano in chi rispettivamente vi aderisce una divergenza profonda. Chi vede preponderante nell'ordine pubblico il solo carattere negativo ed eccezionale, bada al lato estrinseco della sua effettuazione ed alla sua manifestazione, effettivamente varia e negativa, nei varii diritti positivi contemporanei; chi invece considera nell'ordine pubblico il carattere positivo di elemento integratore normale d'un sistema di diritto internazionale privato, considera da un lato la costanza della sua manifestazione sia pure con varietà di modi e di estensione, dall'altro la relativa uniformità di concetti e di efficacia, della quale quel limite può essere suscettibile nello sviluppo attuale delle dottrine, ed in quello futuro del diritto positivo. Accordo esiste in ciò: che tutti ammettono quel limite e, in varie proporzioni, tutti ne riconoscono la necessità.

Si distinguono infatti da tutti, nella materia delle disposizioni legislative, due condizioni del tutto distinte. Ogniqualvolta il legis-

(1) Bustamante, *El orden publico*. Habana 1893: " Estas preguntas, encierran, bajo dos formas diferentes, una misma cuestión ".

latore emana una disposizione, ciò avviene perchè interessa la società che una determinata cosa, o persona, o rapporto, sia regolato dalla legge in modo preciso. Ma nella massima parte dei casi, se è necessario per la società che esista *una* regola obbligatoria, non le interessa però che tale regola sia concretamente formulata in un modo o nell'altro (1); che abbia, in altre parole, questo o quel contenuto. E ciò avviene perchè, nella massima parte dei casi, ciascuna società è interessata alla certezza dei rapporti giuridici, ma non ad una determinata estrinsecazione specifica di tale certezza. Sicchè in nulla sarà offesa una società se, per effetto di un determinato concetto della comunità di diritto e delle regole di competenza legislativa, a persone o rapporti pertinenti ad un'altra società si applichi, anche nel territorio della prima, una regola di diritto straniero. In altri casi meno numerosi invece, interessa rispettivamente a ciascuno Stato non solo che un determinato rapporto sia regolato con certezza, ma che quella certezza si concreti in una regola determinata nel suo contenuto, ad esclusione di qualunque altra. In tal caso nessuna contraria volontà di parti e nessuna contraria disposizione di legge straniera, potrà sostituirsi, nel territorio di ciascuno Stato, alla disposizione corrispondente della legge territoriale che è l'espressione di un interesse pubblico da far valere contro qualsiasi opposizione.

In questo concetto generico della necessità d'un limite di tal fatta, tutti vanno d'accordo (2). Le divergenze riappariranno poi nella definizione di questo limite, ed a vicenda si giudicherà dagli uni insufficiente od eccessiva la definizione preferita dagli altri; si dimostreranno incapaci tutti quanti di arrivare ad una regola concreta e chiara nella sua formula ed uniforme nelle sue applicazioni; ma nell'ammissione generica di quel limite e nel suo concetto generale si troveranno tutti concordi. E la loro armonia potrebbe esprimersi con queste parole: « Dato un sistema di regole di diritto internazionale privato, che assegni una determinata orbita di applicazione estraterritoriale alle leggi relative alle persone, ai rapporti ed agli atti, ed un determinato campo di impero territoriale alle leggi relative alle cose considerate in se stesse, è riservato inoltre, in ciascuno Stato, alla legge territoriale un ulteriore campo di impero assolutamente territoriale, che non deriva in modo generale dal criterio di compe-

(1) Boissarie, *De la notion d'ordre public en droit international privé.* Paris, Larose et Forcel, 1888, pag. 109, 110.
(2) V. sopra, § 256 e 259, pag. 257-272.

tenza legislativa, e dall'indole del rapporto giuridico, ma in modo particolare dai supremi interessi dello Stato nel quale quel rapporto giuridico si debba o si voglia far valere ».

295. — Da questo accordo generico divergono in apparenza due autori, nel sistema dei quali non sembra trovar posto alcuno il limite dell'ordine pubblico. Primo di quelli in ordine di tempo è il De Vareilles Sommières che, condannando tutto l'indirizzo delle moderne scuole di diritto internazionale privato, giudica il limite d'ordine pubblico, ammesso da quelle, una concezione inintelligibile e *d'une obscurité désespérante*, tale da (1) « vicier profondément l'enseignement du droit international privé », e altrove la dice conseguenza di una distinzione vaga « fatiguante comme un cauchemar » (2). Poichè non v'è legge che non interessi l'ordine pubblico, non gli par che si possa attribuire ad una categoria di leggi una legalità superiore a quella di tutte le altre; sicchè la distinzione delle leggi interessanti l'ordine pubblico dalle altre, dipende, a di lui avviso, da un equivoco e da un falso concetto dell'autorità dello Stato e della sua competenza legislativa.

Secondo il di lui criterio, il cosidetto diritto internazionale privato, cui vorrebbe pure mutare il nome (3) « è, in ciascuno Stato, l'insieme dei principii e delle leggi che son relative agli stranieri considerati *ut singuli*, ai nazionali che risiedono all'estero, e ai nazionali semplicemente proprietarii all'estero e considerati in questa qualità ». Egli considera pertanto il diritto internazionale privato specialmente come diritto positivo, e perciò come parte del diritto nazionale dei singoli Stati. Alla base del suo sistema sta l'antica dottrina degli Statuti concepita nella sua massima espressione di territorialità (4). Principii fondamentali gli appariscono questi: « la legge governa, per regola generale, sul territorio rispettivo, la condotta di tutti, domi-

(1) Vareilles Sommières, *La synthèse du droit international privé*. Paris, Pichon, 1897, vol. II, n° 866, pag. 143.

(2) Vareilles Sommières, *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois*. Étude de philosophie du droit et de droit civil. Paris, Pichon, 1899 (Extrait de la *Revue de Lille*, Préface). L'A. vi sviluppa la stessa dottrina sostenuta nella *Synthèse*, particolarmente in rapporto col diritto francese.

(3) La dottrina del Vareilles Sommières non è qui presa in esame se non che nei limiti necessarii a fare un giusto giudizio delle di lui conclusioni relative all'ordine pubblico. Vedi vol. I, pag. xiv e xix, e sopra, pag. 214-218.

(4) *La Synthèse*, ecc., vol. I, pag. xxx, e n. 14, pag. 9, e n. 16, pag. 11, 12.

ciliati e non domiciliati, e la legge non governa, per regola generale, fuori del territorio rispettivo, la condotta d'alcuno, sia questo domiciliato o non domiciliato » (1).

In tale dottrina non pare che vi sia posto per il limite d'ordine pubblico. Quando infatti si ammette come regola l'efficacia estraterritoriale delle leggi, secondo determinati criterii di competenza, par evidente la necessità d'ammettere anche, a salvaguardia di certi diritti ed interessi supremi dei singoli Stati, qualche eccezionale impero della territorialità, indipendente dai risultati di quelle regole di competenza. Ma quando la territorialità è, per altre considerazioni, ammessa come regola, e si ritiene che l'impero dei legislatori sia assoluto nel territorio rispettivo e nullo fuori di quel territorio, e la efficacia estraterritoriale delle leggi si ammette soltanto come eccezionale, abbandonando l'effettuarsi concreto di tali eccezioni all'arbitrio sovrano dello Stato, nel cui territorio dovrebbero manifestarsi, le singole sovranità sembrano così esuberantemente garantite, da dover escludere dal sistema il limite d'ordine pubblico come una superfluità (2).

Mentre però il Vareilles Sommières sostiene che il principio della territorialità debba dominare il diritto internazionale privato, e crede poter dimostrare, mediante una analisi delle varie specie di leggi e della loro orbita d'impero, che quel principio vi domina effettivamente nel diritto positivo (3), così da doversi ritenere perfino superflue le disposizioni stesse delle singole leggi che provvedono alla tutela dell'ordine pubblico, egli pure ammette poi, a complemento della propria sintesi, altri elementi, per effetto dei quali si può dire che la complessità di dottrina e la conseguente funzione dell'ordine pubblico, espulse per la porta, rientrino nel di lui sistema per la finestra. Anzitutto la realità delle leggi è intesa da lui nel senso che « non è soltanto nei riguardi dello Stato sul territorio del quale un atto è stato fatto, che questo atto deve essere legittimamente regolato secondo la legislazione di quello Stato, ma anche nei riguardi d'ogni altro Stato. Gli atti effettuati nel territorio di uno Stato conformemente alle sue leggi, dovranno di regola essere regolari e validi nel mondo intero; e quelli compiuti in uno Stato contrariamente alle sue leggi territoriali, saranno nulli dovunque » (4).

(1) Op. cit., vol. I, pag. VI e VIII e pag. 12, 24, 30 e 34.
(2) Vareilles Sommières, Op. cit., vol. I, nⁱ. 267-280; pag. 171-185.
(3) Vol. I, n. 26, pag. 18, 19, e n. 310 e 311, pag. 199 e 200.
(4) Vol. I, nⁱ. 17-291, pag. 12-20 e nⁱ. 315-323, pag. 201 e 205.

Questo concetto, come bene osserva il Lainé (1), non corrisponde storicamente a quello della stretta realità o territorialità delle leggi accolto nella dottrina degli Statuti, che implicava invece l'impossibilità che una legge avesse un effetto qualunque fuori del territorio del legislatore. Ma oltre a ciò, dal concetto che il Vareilles Sommières si forma della territorialità delle leggi, territorialità (a dir così) estraterritoriale nei suoi effetti universali sulla validità o nullità degli atti compiuti in un territorio, deriva un'altra conseguenza: la necessità di ammettere certi casi nei quali uno Stato possa non riconoscere l'effetto estraterritoriale delle leggi di un altro, in quanto si riferisce agli effetti stessi di tali leggi sulla validità o nullità degli atti compiuti in quest'ultimo. Potrebbe accadere che uno Stato non considerasse la situazione di un immobile in un altro Stato, o l'esistenza di una legge straniera di polizia o relativa alla competenza, come un motivo sufficiente per accogliere in tutto le conseguenze di tali leggi straniere, su atti in quel territorio originati e dei quali si dovesse giudicare nel suo territorio; e tali eccezioni non potrebbero giustificarsi da parte di quello Stato, se non che con argomenti analoghi a quelli che giustificano il limite di ordine pubblico. O queste ammissioni (2) ed eccezioni dagli effetti universali della legge territoriale si possono, almeno nella dottrina, ridurre a sistema, o si arriva alla conclusione che « les lois d'une nation ne seront exécutées dans l'autre que lorsque le souverain de cette dernière croira devoir le permettre » (3), e per giungervi non è necessaria l'edificazione di verun sistema.

Ma l'insufficienza di quello del Vareilles Sommières apparisce più evidente dove si tratta di determinare il campo d'azione delle leggi personali. Alle due regole, positiva e negativa, della territorialità, egli fa seguire quelle secondo le quali « gli statuti relativi allo stato e alla capacità seguono i domiciliati e devono essere loro applicati nelle altre provincie » ed « i mobili, sotto certi punti di vista, devono essere tutti considerati al domicilio del loro proprietario e sono, per conseguenza, retti dalla legge di questo domicilio, anche quando siano situati in realtà in territorio diverso ». Da questa eccezione alla

(1) *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1900, pag. 27; Lainé, *Considérations sur le droit international privé à propos d'un livre récent*, etc.
(2) Op. cit., vol. I, pag. 10 e 24 e seg., e II, pag. 1-10.
(3) Cfr. Despagnet, *L'ordre public en droit international privé* (*Journal de droit int. privé*, 1889, pag. 11-15).

regola della territorialità delle leggi, che è espressa coll'ammissione d'una categoria di leggi personali e per sè estraterritoriali, derivano due conseguenze: la prima, che tali leggi di uno Stato ne obbligheranno i sudditi all'estero, in modo assoluto rispetto a quello Stato, e subordinatamente al riconoscimento degli altri Stati nel territorio di questi ultimi; la seconda che in uno Stato le leggi nazionali degli stranieri, relative al loro stato ed alla loro capacità, devono essere applicate di preferenza alle leggi locali (1). La prima è una regola di opportunità ammessa in generale subordinatamente alla volontà di riconoscerla che si manifesti nei singoli Stati; la seconda è una regola di diritto nazionale che in ciascun paese dev'essere consigliata al legislatore e cercata nella volontà espressa o tacita del legislatore rispettivo.

Il sistema di diritto internazionale privato è dunque, secondo il Vareilles Sommières, fondato sulla territorialità delle leggi; eccezione a quel sistema è la personalità delle leggi relative allo stato ed alla capacità della persona e di quelle relative ai beni mobili, e la estraterritorialità della volontà delle parti nel campo della sua autonomia e della legge del luogo dell'atto, per la forma degli atti. Ma di tali eccezioni il Vareilles Sommières riconosce poi un'altra successiva eccezione in tutti quei casi nei quali la territorialità delle leggi si riaffermi nei rapporti stessi da essa prima abbandonati: in quelli cioè delle leggi personali e dell'autonomia delle parti e dei loro effetti.

Le leggi di regola sono dunque reali; ma vi è una categoria di leggi direttamente od indirettamente connesse colla persona, delle quali ciascuno Stato, con piena autonomia ed in diversa misura, ma agendo sempre sotto l'influenza dei medesimi concetti, ammette il carattere personale e le conseguenze di estraterritorialità; però anche in tale categoria eccezionale la territorialità assoluta riprende talora il proprio impero, perchè l'interesse dello Stato lo esige, così da ritenere esclusi quei casi particolari dalle di lui concessioni espresse o tacite in favore della personalità. Tale è il sistema del Vareilles Sommières. E poichè le eccezioni favorevoli alla personalità delle leggi sono ispirate, a di lui avviso, piuttosto dalla « courtoisie, l'utilité et l'intérêt bien entendu » che dal sentimento della giustizia, tanto più facile sarà che, facendo di bel nuovo eccezione a quelle eccezioni, la territorialità riprenda il proprio impero. Infatti tutti questi temperamenti,

(1) Vol. II, ni. 785-789, pag. 95-98.

come l'autore li chiama, sono da lui ridotti a questa formula (1): « la règle (della personalità degli statuti personali) est écartée toutes les fois que le législateur le veut ». Al che aggiunge: « Il legislatore non deve escluderla se non che per una buona ragione; ma essendo giudice supremo dell'opportunità della regola, è giudice supremo anche dell'opportunità dell'eccezione ». Tali eccezioni volute dal legislatore possono essere poi, oltre che espresse, anche tacite (2): « elles sont autrement certaines, nombreuses, importantes. Elles sont aussi autrement justifiées, et c'est précisément parce qu'elles sont très justifiées, qu'elles éclatent *dans la loi silencieuse* ».

Tali sarebbero le leggi il cui testo ed i cui motivi sono rigorosamente assoluti; il che si manifesta soprattutto quando la legge territoriale ha un motivo di morale o di giustizia: e quando la legge personale straniera (3) facesse offesa ad un nostro statuto reale. Tale sarebbe il caso quando l'applicazione dello statuto personale straniero presupponga un congegno amministrativo che non esista nel territorio, od abbia per effetto di far uscire uno degli ufficiali pubblici dello Stato dalla sfera delle sue attribuzioni (4); quando lo statuto personale straniero, determinando una incapacità non esistente nello Stato, possa importare pregiudizio ad un cittadino che in buona fede, e senza colpa, avesse trattato con quello straniero; quando non sia possibile dar soddisfazione allo statuto personale straniero, senza detrimento d'un altro statuto personale che abbia un eguale titolo a reggere il rapporto giuridico e che sarebbe lo statuto dello Stato, sia nel conflitto fra questo ed un altro statuto personale straniero, sia nel conflitto fra due statuti personali stranieri, subordinati entrambi al principio della realità delle leggi che in tal caso riprenderebbe il sopravvento (5).

Ammettere tante eccezioni di questa specie all'impero delle leggi personali fuori del territorio del legislatore che le ha emanate, ed ammettere la possibilità che tali eccezioni siano anche tacite, equivale ad attribuire in tale argomento al giudice una larghissima competenza. Poichè in tal caso il giudice non agisce soltanto come interprete della legge, scevrando il pensiero del legislatore dalle espres-

(1) Vol. II, n. 826, pag. 121.
(2) L. c., n. 828-835, pag. 122-127.
(3) L. c., n. 854, pag. 135-136.
(4) L. c., n. 867, pag. 143-144.
(5) L. c., n[i] 879-887, pag. 153-157.

sioni usate da lui nei proprii comandi; ma agisce bensì come organo della volontà tacita del legislatore, deducendo, ai fini della legge, dall'insieme del diritto patrio e dagli interessi del diritto patrio, la necessità del prevalere del diritto vigente nello Stato sulle leggi personali straniere. E il giudice soltanto potrà determinare, nel silenzio del legislatore, se si tratti di leggi dello Stato il cui carattere assoluto s'imponga ai soli sudditi, od anche agli stranieri.

Il Vareilles Sommières non fa la distinzione fra leggi di ordine pubblico relativo e leggi d'ordine pubblico assoluto; distinzione in sostanza del tutto analoga a quella fra leggi di ordine pubblico interno ed internazionale (1) e che sarebbe incompatibile col concetto stesso fondamentale della di lui dottrina. Nessuno può credere possibile, e seppur fosse possibile, non sarebbe certo consigliabile che il legislatore cercasse di enumerare le leggi di tale specie; ma il Vareilles Sommières vuole che soltanto nella volontà del legislatore il giudice o l'interprete attingano il diniego di efficacia d'una legge straniera. Con tale intento egli si adopera prima ad interpretare la riserva dell'art. 6 del Codice francese, nei riguardi del diritto interno, in quanto vieta di derogare con convenzioni particolari alle leggi interessanti l'ordine pubblico ed i buoni costumi. E lo giustifica dicendo che di regola il pubblico bene è soddisfatto quando la legge attribuisce una somma di diritti ai sudditi, restando liberi questi di rinunciarvi, mentre eccezionalmente la legge vieta di rinunciare ad un diritto da essa attribuito. Limite questo di ordine pubblico che si manifesta nel diritto interno e nei rapporti fra i cittadini e lo Stato, rendendo una legge di questo assolutamente imperativa. « Quando la rinuncia fosse contraria ai buoni costumi o all'ordine pubblico, la volontà proibitiva del legislatore si fa nettamente sentire. Non è sempre espressa; il più sovente forse è tacita, ma visibile e certa perchè è razionale e necessaria, e perchè il legislatore non può non avere tale volontà. In taluni casi vi è dubbio, non direttamente circa il sapere se la legge proibisca la rinuncia, ma circa il sapere se la rinuncia sia contraria all'ordine pubblico » (2).

Nel diritto interno egli ammette dunque una categoria di leggi assolute, il cui carattere risulta dalla volontà del legislatore, sceverata

(1) V. anche Vareilles Sommières, *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois*, cap. I e II.

(2) Vareilles Sommières, *Des lois d'ordre public*, cap. IV, n. 153-155, pag. 80-81.

dalle circostanze e dalle necessità delle cose, anche nel di lui silenzio, per opera del magistrato. Di tali leggi egli critica la qualifica di ordine pubblico, ma ne ammette il contenuto e ne giustifica, in relazione con questo, l'impero assoluto sulle singole volontà. Analogamente egli ammette, come si è detto, nei rapporti internazionali, molti casi nei quali il principio del predominio delle leggi straniere nei riguardi dello stato e della capacità delle persone, può subire delle eccezioni tacite ma evidenti (1).

L'attribuzione di una legge particolare ad una delle categorie di leggi assolute da lui enumerate (2), è, a di lui avviso, « facile à démontrer par les moyens et les ressources ordinaires de l'interprétation doctrinale ». Il che equivale a dire che anche nei rapporti internazionali, la volontà del legislatore contraria all'applicazione di leggi straniere che per sè si dovrebbero applicare, dev'essere ricercata dall'interprete e dal magistrato. A questi il Vareilles Sommières porge dei criterii direttivi nelle categorie di leggi prima enumerate (3), e nel seguente indirizzo (4): « On peut se borner à dire que le statut personnel étranger est écarté à l'occasion: 1° Par toute loi française qui n'est pas elle même un statut personnel et seulement cela. 2° Par ceux de nos statuts personnels qui sont fondés sur la morale et sur la justice ». Ma tutti questi sono criterii che lasciano un vasto campo non al capriccio, ma all'intelletto del giudice ed alle indagini da lui rivolte ai fini dello Stato, ed ai principii assoluti che ne regolano l'esistenza.

Il Vareilles Sommières parte dunque dal principio della territorialità delle leggi di ciascuno Stato. Ammette poi che eccezionalmente una parte di queste leggi si riconoscano come personali, pretendendosi da ciascuno Stato che tali leggi seguano i sudditi all'estero, ed applicando le leggi straniere della stessa categoria ai rapporti personali degli stranieri nel territorio. Tali eccezioni, favorevoli alla estraterritorialità di talune categorie di leggi, si giustificano con argomenti analoghi a quelli della *comitas gentium* e sono dipendenti, nell'esistenza concreta dei singoli Stati, dalla volontà dei legislatori rispettivi. Ma la loro volontà favorevole a tali eccezioni si può anche presumere; cioè la legge straniera non potrà mai

(1) *Synthèse*, vol. II, ni. 827-829, pag. 122.
(2) V. sopra, pag. 366-368.
(3) V. pag. cit.
(4) Vol. II, n. 860, pag. 138-139.

applicarsi quando il legislatore lo vieti, ma potrà applicarsi per certe categorie di leggi quando il legislatore non lo abbia vietato, e l'indole di quelle leggi sia tale da indicarne la tacita volontà. Però tali concessioni sono soggette alla loro volta ad altre eccezioni, nelle quali la territorialità assoluta riprende di bel nuovo il suo impero. Ciò avviene quando il legislatore voglia così limitare le concessioni fatte alla legge straniera, per conseguire la tutela di un interesse proprio, di ordine superiore e generale. Ma anche in tal caso la volontà dello Stato non è sempre esplicita; tacito può essere il suo concedere; tacite possono essere le riserve cui questo è subordinato; indizi della sua volontà saranno in tal caso le leggi considerate nel loro fine e le necessità dei rapporti; organo ne sarà l'interpretazione del magistrato.

Anche il Vareilles Sommières ammette dunque che le concessioni, sia pure arbitrarie, di uno Stato alla efficacia nel suo territorio delle leggi straniere, debbano essere sottoposte a riserve derivanti dai supremi interessi dello Stato; della volontà di questo egli vuole fedele interprete il magistrato. Ma poichè questo non può, nel silenzio del legislatore, conoscerne la volontà senonchè penetrando nello spirito della legge particolare della quale si tratta e della legislazione generale del suo paese, così è dato concludere che il Vareilles Sommières non solo riconosce, nel fatto se non nel nome, il limite dell'ordine pubblico e la sua funzione nel diritto internazionale privato, ma deve pur ammettere nel determinarlo, in modo non dissimile dagli autori da lui criticati, anche la funzione del magistrato.

Quelle leggi che comunemente si designano e si raccolgono sotto la categoria di leggi d'ordine pubblico internazionale sono, secondo il Vareilles Sommières (1), quelle delle quali il legislatore vuole imporre l'osservanza anche agli stranieri. Ma poichè tale volontà del legislatore è mossa dalla coscienza di interessi dello Stato che son tali da dover prevalere sugli argomenti che lo hanno determinato a fare talune concessioni generali all'efficacia delle leggi straniere, quelle riserve ammesse dal Vareilles Sommières sono strettamente analoghe, per la causa e per il fine, alla riserva dell'ordine pubblico. E poichè la ricerca di quella volontà spetta, nel silenzio del legislatore, al giudice, e questo non può procedervi se non che indagando lo spirito delle leggi e i fini superiori dello Stato, più stretta ancora appare l'analogia in questa ammissione e concezione del còmpito del

(1) *Synthèse*, vol. I, n. 201, pag. 124.

giudice. Sicchè, in tale rapporto, la dottrina del Vareilles Sommières si trova ricondotta, dopo una lunga peregrinazione, al punto stesso da cui avea preso le mosse per andar molto lontano.

D'un lato egli sostiene che tutte le leggi sono egualmente di ordine pubblico e che i privati non possono derogare ad alcuna legge, sicchè « il est impossible d'indiquer les lois d'ordre public envisagées comme un groupe à part et aussi d'indiquer les lois qui ne seraient pas d'ordre public » (1).

D'altronde egli considera le leggi definite come d'interesse privato, quali leggi suppletive della volontà delle parti, la quale, quando sia espressa, toglie a quelle leggi interpretative e suppletive l'occasione di applicarsi (2). Ma nella distinzione concreta delle une dalle altre, deve poi ricorrere a quei concetti e a quelli organi che pur avea voluto condannare ed eliminare. Sicchè appariscono pienamente giustificate le critiche del Lainé e quelle del Valéry (3), che lamenta la mancanza di una conclusione adeguata alle premesse del suo lavoro, e trova troppo misero risultamento di tanto apparato la formola: « Si può, di regola, rinunciare al diritto conferito dalla legge; però non è dato rinunciarvi quando la legge vieta la rinuncia; e la legge la vieta quando la rinuncia riuscirebbe contraria ai buoni costumi ed all'ordine pubblico ». « Quand un voit, dice a ragione il Valéry, énumérer nombre de lois pour déterminer quelle est la nature des droits qui en résultent, il est permis de demander s'il y a un avantage quelconque à mettre de coté ces expressions commodes de *lois d'ordre public* et *lois d'ordre privé*, alors même qu'elles seraient inexactes. Un point parait certain; c'est qu'il y a deux catégories de lois qui diffèrent au point de vue de leur autorité, et il ne semble pas possible de déterminer d'une manière précise l'étendue de chaque catégorie ». — Il Vareilles Sommières non ha potuto eliminare la distinzione dei due ordini di legge quantunque la abbia presentata sotto diverso aspetto; e quanto alla difficoltà di interpretare, nel silenzio del legislatore, la portata della volontà di lui, si è trovato di fronte a tutte le incertezze che perturbano la dottrina dell'ordine pubblico, senza che gli venisse fatto di eliminarne o temperarne una sola.

(1) *Des lois d'ordre public*, pag. 21.
(2) *Des lois d'ordre public*, pag. 57 e 64.
(3) Recensione sull'*Ordre public* del Vareilles Sommières nella *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence*, n. 5 del 1901, pag. 462-464.

296. — Il Kahn (1) non è meno esplicito nel volere escludere il limite d'ordine pubblico dal sistema del diritto internazionale privato, e nel ritenere la necessità di considerare quel limite come una prova della insufficienza dottrinale e pratica delle dottrine contemporanee. Parmi però che in realtà la di lui dottrina non riesca a risultati nè così completamente negativi rispetto all'ordine pubblico, nè così completamente ricostruttivi rispetto alle regole che dovrebbero sostituirlo; ma che piuttosto egli abbia cercato di meglio determinarlo, mutandolo di limite d'un sistema di regole di diritto internazionale privato, in elemento integrante di quel sistema. A sceverare dalle contrarie apparenze tale risultato, basta riassumere e combinare i concetti fondamentali della di lui dottrina.

Egli comincia col ricordare che il diritto internazionale privato non vige attualmente come norma positivamente obbligatoria della condotta degli Stati. Il che, in quanto si voglia considerare il diritto internazionale privato come sistema uniforme di diritto internazionale positivo, non può essere messo in dubbio da chicchessia. Un diritto internazionale privato positivo, in questo significato, cioè in quello di effettivamente obbligatorio in egual modo per tutti gli Stati, o per un gran numero di essi, può ben esistere in certi limiti (2), ma non mai come un sistema completo. Anche ora un primo nucleo di quel sistema esiste, formato da talune generalissime obbligazioni. E queste deriverebbero, secondo il Kahn (3), « da quelle regole che, nell'interesse comune degli Stati civili, sono state comunemente osservate in materia di diritto internazionale privato, ed al cui mantenimento la società degli Stati ha acquistato un diritto ». Nella condizione attuale del diritto internazionale, le sole regole in quel senso obbligatorie per tutti gli Stati civili sarebbero le seguenti: « 1° Nessuno Stato può in generale e di regola escludere dai proprii tribunali l'applicazione del diritto straniero. 2° Ogni Stato è obbligato ad avere un diritto internazionale privato ». Tali regole si potrebbero integrare con poche altre norme analoghe. E tutte insieme formerebbero, secondo il Kahn, il diritto internazionale privato uniformemente ob-

(1) KAHN, *Abhandlungen aus dem internationalen Privatrecht*. — I. *Die Lehre vom* ordre public (*Prohibitivgesetze*); II. *Ueber Inhalt, Natur und Methode des Internationalen Privatrechts* (negli *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, vol. XXXIX, 1898, pag. 1-112 e vol. XL, 1899, pag. 1-87, e *Abdruck* della II. Jena, Fischer, 1899).

(2) KAHN, *Ueber Inhalt*, ecc., § 7, pag. 37-39.

(3) V. op. cit., pag. 39, § 7.

bligatorio per gli Stati civili. Con altre parole, quelle sole norme di diritto internazionale privato, generalissime ed uniformemente ammesse come obbligatorie, formano parte, secondo il Kahn, del diritto internazionale, ed appartengono a quella parte progressivamente più varia e vasta di tale diritto, che il Bulmerincq (1) definiva come « concessioni degli Stati in favore della società internazionale ».

Fino a che una regola di diritto internazionale privato non sia effettivamente riconosciuta come obbligatoria dagli Stati civili, non pare al Kahn che quella regola possa definirsi come formante parte del diritto internazionale; ma bensì che formi parte del diritto particolare dei singoli Stati dove è in vigore. Il diritto internazionale esige che gli Stati abbiano regole di diritto internazionale privato, ma non impone ai singoli Stati le regole specifiche che devono adottare (2). Nell'adozione di tali norme ciascuno Stato è libero; e pertanto il diritto internazionale privato è, nella quasi totalità delle sue norme, un diritto nazionale; cioè risulta dal complesso delle norme che in ciascuno Stato rispettivamente sono seguite nel regolare i rapporti di diritto internazionale privato. Il Kahn crede (3) pertanto che la scuola internazionalista, quella cioè che considera tutto il sistema del diritto internazionale privato come parte del diritto internazionale, prenda le mosse da inesatte presupposizioni, e segua un metodo sbagliato nei suoi fondamenti. Il che non si può mettere in dubbio, dal momento che egli vuol considerare il diritto internazionale soltanto come diritto positivo, uniformemente obbligatorio fra gli Stati civili. Ma nel tempo stesso non è fuor di luogo ricordare che quanto il Kahn definisce come differenza fra due scuole, potrebbe piuttosto definirsi come considerazione di due aspetti del medesimo problema. Quella che egli chiama scuola internazionalista considera i rapporti di diritto internazionale privato in genere nella vita sociale degli Stati, e pertanto formula accanto alle generalissime regole, ricordate pure dal Kahn, come diritto internazionale positivo, anche quelle che, pur non appartenendo attualmente a quest'ultimo, appariscono le più consigliabili agli Stati, per ragioni di giustizia e di opportunità. Quella che egli chiama scuola nazionalista considera separatamente i rapporti di diritto internazionale nei singoli Stati,

(1) Bulmerincq, *Völkerrecht*, nel *Man. di dir. pubbl.* del Macquardsen, 1ª ediz., vol. I, pag. 207, 208. Freiburg in Br. Mohr, 1884, pag. 4.
(2) Kahn, L. c., pag. 33, 34.
(3) L. c., § 3, pag. 21.

ed in ciascuno di questi vuol indagare quale sia stata a tale riguardo la volontà del legislatore. Ma nè la scuola internazionalista ignora o trascura i diritti positivi nazionali, nè quella nazionalista può prescindere del tutto, come il Kahn stesso ammette (1), dalle ragioni di ordine generale nell'indagine della volontà dello Stato.

Comunque sia, è certo che, considerando il diritto internazionale privato come diritto positivo, esso non può dirsi, nello stato attuale dei rapporti fra gli Stati, se non che un particolare aspetto dei singoli diritti nazionali. Ciascuno di questi, nell'orbita assegnatagli dal diritto internazionale, si muove secondo la propria libera iniziativa; l'imperativo di diritto internazionale è: « ciascuno Stato deve avere un sistema di norme di diritto internazionale privato »; i diritti positivi dei singoli Stati corrispondono a tale imperativo, emanando quelle regole specifiche di diritto internazionale privato, che a ciascun legislatore sembrano migliori (2). Dunque se si considerano le regole di diritto internazionale privato in generale, non si tratta di norme di diritto positivo; e in quanto tali regole siano di diritto positivo, allora (salvo le poche eccezioni suaccennate) non sono più regole di diritto internazionale, ma di diritto nazionale dei singoli Stati (3).

Per ogni questione di diritto internazionale privato è necessario prendere in considerazione, in ciascun paese, il criterio di armonia delle leggi (cioè di diritto internazionale privato) che vi è prevalente. Ogni Stato può sottoporre alle proprie leggi un rapporto di diritto, che si trovi in una qualunque connessione (sia pur quella soltanto della *lex fori*) col suo territorio. Da ciò conflitti insolubili fra due legislazioni, che applichino rispettivamente al medesimo rapporto di diritto, due regole diverse di diritto internazionale privato. Da ciò deriva una conferma del carattere nazionale del diritto internazionale privato positivo; e con quella una smentita al carattere generale di tale diritto ed al principio stesso dell'unica legge evidentemente competente a regolare dovunque una determinata relazione giuridica nei rapporti internazionali. Tale smentita nel contatto di più Stati risulta dalle disformi norme di competenza, da loro adottate nella scelta della legge applicabile allo stesso rapporto di diritto; e nell'interno di ciascuno Stato deriva pure dalla necessità di correggere ad ogni mo-

(1) L. c., pag. 69 e seg.
(2) § 5, pag. 30-32.
(3) L. c., pag. 33, 34.

mento una soluzione, che pure siasi adottata, colle eccezioni dell'ordine pubblico (1). E poichè tanta è la libertà degli Stati nel regolamento di tali rapporti, ne resta dimostrato il carattere nazionale del diritto internazionale privato. Non potrebbe dirsi infatti che esista come *internazionale*, cioè come *obbligatorio* per gli Stati, un diritto che non importa la pretesa di costringere gli obbligati ad osservarlo.

Ma se pare indubbio al Kahn, che il diritto internazionale privato non possa esplicarsi se non come parte del diritto particolare di ciascuno Stato, e che di ciascuno Stato si debba tener presente il criterio particolare d'armonia delle leggi, egli riconosce però (2) che per interpretare la volontà di un legislatore in materia di diritto internazionale privato, non può bastare un esclusivo esame dell'ordine giuridico materiale di quel singolo Stato, ma ammette che sia necessaria una paziente comparazione di quell'ordine colle norme corrispondenti di diritto materiale straniero. Infatti, se un legislatore, in materia di diritto internazionale privato, si limita a formulare regole di applicazioni e di limiti territoriali delle leggi (*Grenznormen*), l'applicabilità di queste conforme alla volontà di lui, presuppone la conoscenza del diritto comparato. Infatti la regola di diritto internazionale privato generando un rapporto, che risulta, di caso in caso, composto di due elementi: la regola di diritto materiale nazionale e quella corrispondente di diritto straniero; ne deriva evidentemente la necessità di conoscere l'indole e il valore intimo anche di quest'ultima. « Soltanto conoscendo i fini, oltrechè delle nostre norme di diritto materiale, anche delle norme di diritto materiale straniero collidenti con questi, si potrà giudicare quali fini giuridici delle leggi territoriali possano, per effetto dei criterii adottati dal legislatore, essere abbandonati in favore della sicurezza giuridica internazionale e quale fra le norme di collisione vigenti nel territorio, apparisca indicata a sciogliere pacificamente il conflitto » (3). Perciò a ragione, anche partendo da un punto di vista esclusivamente nazionalista, egli arriva alla conclusione che « la comparazione dei diritti positivi sia il fondamento del diritto internazionale privato »; intendendo per diritti positivi da conoscere e da comparare, non le regole di diritto internazionale privato vigenti nei varii Stati,

(1) L. c., pag. 35, 36.
(2) L. c., pag. 67-76.
(3) L. c., pag. 75.

ma le regole materiali di diritto privato, che vi sono rispettivamente in vigore (1).

Mentre il diritto internazionale privato è, nello stato attuale dei rapporti fra Stati, un diritto quasi del tutto nazionale, il suo studio e la sua conoscenza dipendono dunque, anche secondo il Kahn, da metodi internazionali d'indagine (2). Soltanto con un tal metodo si può riuscire a determinare quelle poche norme più generali (3), che per accordo spontaneo degli Stati, e per conseguenza della loro convivenza sociale, si son trasformate ormai in regole propriamente pertinenti al diritto internazionale positivo. Soltanto con un metodo internazionale d'indagine, si può giungere alla conoscenza del valore concreto e specifico (4) delle singole norme di diritto internazionale privato vigenti in ciascuno Stato, e dei limiti che vi derivano alla iniziativa del legislatore da altre regole di convivenza sociale, al cui mantenimento la comunità degli Stati ha ormai acquistato un diritto.

Per arrivare con certezza all'uno e all'altro risultato, è necessaria la conoscenza contemporanea del diritto nazionale, del diritto comparato e del diritto internazionale nella parte relativa a tale ordine di rapporti. Tali elementi sono costantemente necessarii in ciascun paese per conoscervi, in relazione col diritto vigente, la soluzione effettiva e la soluzione preferibile delle questioni di diritto internazionale privato. In questo senso il Kahn (5) parla di una scienza internazionale la cui unità, per tutto il mondo civile, non dipende da completa unità di risultati, ma bensì da completa uniformità di metodi.

297. — Il fine cui deve tendere il diritto particolare di ciascuno Stato in materia di diritto internazionale privato, è pertanto riassunto dal Kahn in questa formula: « devesi tendere ad ottenere quelle norme di collisione, che, mediante l'abbandono di una minima parte dei fini giuridici nazionali, possa far conseguire un massimo risultato di armonia internazionale delle leggi » (6). A tale armonia delle leggi si cerca di avvicinarsi in ciascun paese, guarentendo la sicurezza internazionale dei rapporti giuridici nei massimi limiti consentiti dai

(1) L. c., pag. 75, n^a^ 1
(2) L. c., pag. 38-40.
(3) V. pag. 372.
(4) L. c., pag. 75.
(5) L. c., pag. 82, 83.
(6) V. pag. 87.

rispettivi essenziali interessi dello Stato. Col tempo e colla generalizzazione dell'uso dipendente dalla evidente bontà ed opportunità di tali norme, esse possono uniformemente passare dal sistema giuridico positivo di uno o due Stati, nella generalità dei sistemi vigenti nei paesi civili, e trasformarsi in vere norme di diritto internazionale positivo, superiori alla stessa ulteriore volontà divergente dei singoli Stati (1). V'è dunque nel diritto internazionale privato attuale, secondo il Kahn, un elemento dottrinale e largamente esegetico; ed accanto a questo vi esiste pure un elemento genetico del futuro diritto internazionale privato generale. Tale elemento genetico è poi ancora la dottrina, applicata, da un punto di vista più generale, a conciliare questi due termini: i diritti supremi di uno Stato ideale, e i diritti supremi di una ideale società di Stati.

Tanto in rapporto col sistema particolare di ciascuno Stato per conoscerne concretamente il diritto positivo, quanto in relazione colla società internazionale, per determinare le basi di un futuro sistema generale di diritto internazionale privato, è necessario, secondo il Kahn, tener conto di quell'elemento di territorialità, che non deriva soltanto dal contenuto del rapporto giuridico, ma anche dall'interesse che ha o può avere lo Stato di ammetterlo ed escluderlo, o di regolarlo, nel primo caso in un modo piuttosto che in un altro. E tale è appunto il campo nel quale si muove, secondo la dottrina prevalente, il limite d'ordine pubblico all'applicazione delle leggi straniere.

Però il Kahn si professa avversario della dottrina dell'ordine pubblico, e la dichiara fondata su presupposizioni insostenibili.

Perchè ed a quali risultati diversi intende arrivare? A farne esatto giudizio, quanto si è riassunto finora circa i fondamenti della di lui dottrina, non è meno importante di quanto nella trattazione di lui si riferisce più direttamente al limite d'ordine pubblico.

Egli ammette bensì un limite di ordine pubblico alla applicazione ed al riconoscimento di efficacia delle leggi straniere nel territorio di ciascuno Stato civile; ma quel limite è diverso da quello ammesso collo stesso nome dalla maggioranza degli scrittori e dei sistemi positivi di diritto internazionale privato. Infatti il limite di ordine pubblico s'intende generalmente derivare da una norma imperativa assoluta del diritto territoriale, che è assoluta, o come tutrice di taluni superiori interessi dello Stato, o come tutrice

(1) L. c., pag. 46 e 76.

di taluni interessi della società internazionale, così come sono concepiti dal medesimo Stato; e queste norme si dicono comunemente di *ordine pubblico internazionale*, non in ragione della loro origine, ma in ragione della loro incidenza; perchè cioè sono opponibili a tutti, nazionali o stranieri, nei limiti del territorio.

Secondo il Kahn, invece, il limite di ordine pubblico, identico nel nome, ma diverso nel contenuto, si potrebbe invocare contro la efficacia di una legge straniera in qualunque Stato civile, quando quella efficacia fosse in contrasto con una norma vigente di diritto positivo internazionale, cioè con quei fondamenti (1) dell'ordine giuridico degli Stati che, per effetto dello sviluppo uniforme della coltura, hanno ottenuto così universale riconoscimento, da essere riconosciuti come condizioni della civile convivenza degli Stati, e da far si che una deviazione dai loro comandi debba considerarsi come un'offesa del diritto delle genti. L'ordine pubblico, ammesso dal Kahn come ostacolo all'applicazione di leggi straniere, non è definito come tale soltanto perchè in uno Stato possa opporsi a tutti, cittadini e forestieri, ma perchè per tutti gli Stati della stessa civiltà deriva uniformemente da regole positive di diritto internazionale, siano queste esplicite o consuetudinarie. Un tale ostacolo di ordine pubblico internazionale, nel senso usato dal Kahn, si opporrebbe al riconoscimento (2) in uno Stato europeo, dell'inferiorità giuridica degli eretici o degli schiavi stranieri.

Egli riassume così la formula di questo limite di ordine pubblico internazionale da lui riconosciuto: « Nessuno Stato sarebbe obbligato a riconoscere come valida una legge straniera (*eine innerstaatliche Ordnung*), contraria all'ordine pubblico derivante dal vigente diritto internazionale (*dem völkerrechtlichem* ordre public), nemmeno, quando, per applicazione delle regole generali sancite da convenzioni o derivanti da consuetudini, quella validità e efficacia dovessero essere riconosciute ». Anche in questa forma del suo riconoscimento, l'ordine pubblico non ha poi se non che un significato negativo, quello cioè di determinare che uno Stato eccezionalmente è liberato dall'obbligo, che altrimenti gli incomberebbe, di riconoscere l'efficacia d'una determinata norma di diritto straniero. Dall'ordine pubblico internazionale non deriva, secondo il Kahn, per lo

(1) L. c., pag. 42-44.
(2) L. c., pag. 43.

Stato anche l'obbligo di non riconoscere efficacia alle norme contrarie di diritto straniero; il diritto internazionale lo libera dal dovere di applicarle, ma non gli impone l'obbligo di non applicarle, restando in ciò abbandonata ogni soluzione alla libera volontà dello Stato (1). Il che se è esatto rispetto al limite d'*ordine pubblico*, concepito dalla maggioranza degli scrittori e dei sistemi positivi, non pare altrettanto corretto rispetto all'*ordine pubblico internazionale*, così com'è concepito dal Kahn.

Se l'ordine pubblico non è se non che una riserva dello Stato a favore dei *proprii* diritti ed interessi fondamentali, è naturale che nell'ampiezza della definizione e delle applicazioni, debba essere in tutto subordinato alla volontà dello Stato, con molta larghezza di interpretazione, quando tale volontà non si sia esplicitamente manifestata. Ma se l'ordine pubblico è internazionale nel senso della definizione del Kahn, se cioè deriva da effettive regole di diritto internazionale positivo, non pare logico che abbia soltanto l'effetto di esimere ogni Stato, appartenente alla medesima orbita di coltura, dall'obbligo di riconoscere l'efficacia delle leggi straniere che vi sieno contrarie, ma parrebbe piuttosto che dovesse obbligare ciascuno di quegli Stati, a non riconoscere l'efficacia di norme contrarie ai precetti di quel diritto internazionale, che essi hanno contribuito a formare, e sotto l'impero del quale si svolge la loro giuridica convivenza.

Ma se la formula *ordine pubblico* rimane, nella terminologia del Kahn, nel senso ora riferito, egli vuol però eliminarla del tutto dal proprio sistema, nel senso nel quale quella formula è comunemente intesa ed usata: nel senso cioè di ostacolo assoluto di diritto particolare interno all'applicazione di norme del resto applicate in generale nei rapporti di diritto internazionale privato. Manca nella dottrina del Kahn una delle condizioni necessarie per poter far luogo al limite d'ordine pubblico concepito in quest'ultimo significato. Infatti, non ammettendo egli l'esistenza positiva di un sistema internazionale di diritto internazionale privato, manca nella sua dottrina la *tesi*, della quale il limite di ordine pubblico (concepito nell'ultimo significato) dovrebbe essere l'*antitesi*. E non considerando egli come attualmente esistenti se non che tanti sistemi *nazionali* di diritto internazionale privato quanti sono gli Stati, considera, in relazione a questi singoli sistemi, il limite di ordine pubblico, che ha parte,

(1) V. pag. 45.

secondo il suo avviso, tanto eccessiva nella dottrina contemporanea (1), come contraddittorio, inutile ed ispiratore di soluzioni confuse ed arbitrarie.

Partendo dal principio che ciascun sistema di diritto internazionale privato sia nazionale, e che ciascuno Stato nel formare il proprio sistema sia ispirato dal pensiero di concedere all'armonia delle leggi quanto è possibile senza rinunciare ai proprii diritti ed interessi fondamentali, il limite d'ordine pubblico porrebbe lo Stato in contraddizione con se stesso, perchè farebbe riapparire come causa di eccezioni nei risultati di un sistema, quell'elemento che avrebbe già spiegata tutta la propria efficacia nel porre i fondamenti dello stesso sistema. Ora avviene, appunto per effetto di tale contraddizione, che i criterii usati per definire talune leggi come interessanti l'ordine pubblico siano i più diversi ed arbitrarii, che le leggi definite come tali non si possano in ciascun paese ridurre a sistema intorno a taluni criterii generali; e che perciò da una tale dottrina o piuttosto da tale inerzia della dottrina (2) si arrivi al risultato di render prevalente il diritto territoriale sul diritto straniero, molto al di là dei limiti voluti dallo Stato nel porre le basi del proprio sistema nazionale di diritto internazionale privato (3).

Ond'è che l'uniformarsi della dottrina e della pratica al limite d'ordine pubblico (nel senso di limite di diritto o d'interesse nazionale all'applicazione del diritto privato straniero), pare al Kahn un effetto della insufficienza della dottrina contemporanea di diritto internazionale privato (4); insufficienza che le impedisce di conseguire il supremo dei suoi fini: che è quello di cogliere le creazioni del diritto travolte dalla corrente della vita e coprirle d'una protezione

(1) Kahn, *Abhandlungen aus dem internationalen Privatrecht.* — I. *Die Lehre vom* ordre public; *Jahrbücher* cit., vol. 39 (1898), pag. 6: " Auf dem Gesammten Gebiet des internationalen Privatrechts ist heute der *ordre public* absoluter Herrscher. Mag er offen und unbestritten als *statut réel* den Thron einnehwen, oder mag er in Bettlergewand eines *Prohibitiongesetze* eines *exclusiven Rechtsnorm*, einer *Vorbehaltsklausel* durch die Strassen schleichen: ein Wort von ihm genugt, die scheinbar festest gegründete Kollisionsnormen zu stürzen, einer noch so allgemein verworfenen zum Siege zu verhelfen ".

(2) L. c., pag. 103-105.

(3) L. c., pag. 104.

(4) L. c., pag. 108: " Und so wird die Theorie an dem Gebiete gestraft, mit welchem sie gesündigt hat: sie hat dem Richter eine nichtssagende Doktrin geliefert, und dieser giebt ihr eine nichtssagende Praxis zurück ".

sicura. Ciò che si pretende di definire come dominio « dell'ordine pubblico », o « della *Vorbehaltsklausel* » o con simili espressioni, non è, secondo il Kahn, se non che la parte non ancora abbastanza conosciuta ed elaborata dal diritto internazionale privato (1).

Mancando una giustificazione più particolare ed obbiettiva, ogni eccezione da una regola, del resto in generale riconosciuta, ogni più speciale norma di collisione di nuova formazione, ogni modificazione o parziale deviazione d'una norma esistente, vien fatta passare sotto quel *passe-partout* dell'ordine pubblico (2). Ma con ciò a torto si pretende di aver conosciute e determinate tali eccezioni e limiti delle norme vigenti, e tali trasformazioni, neoformazioni ed estensioni delle medesime norme; poichè non è possibile giustificarle tutte identicamente, ma per ciascuna sarebbe necessaria, a poterlo fare, una ricerca speciale, nè esiste una regola limitatrice (*Vorbehaltsklausel*) d'indole generale, cui tutte le leggi rigorosamente obbligatorie possano essere riportate (3).

Invece il Kahn crede che, mediante un esame accurato dei singoli rapporti e delle singole norme e della legislazione cui queste appartengono, si possa trovare un nesso col diritto territoriale dello Stato, senza dover ricorrere all'argomento dell'ordine pubblico. Ciascuno Stato, adottando un proprio sistema di diritto internazionale privato, determina quanta parte dell'applicazione delle proprie leggi sia disposto ad escludere dal proprio territorio col fine dell'armonia internazionale delle leggi. Ciascun sistema dunque di diritto internazionale privato, che è quale il legislatore rispettivo ha voluto che sia, risulta composto di due elementi che potrebbero dirsi individuale ed altruista, d'esclusione o d'ammissione del diritto straniero, e da questi elementi risultano le regole di diritto internazionale privato proprie di quello Stato (4).

Ma tanto la legislazione quanto la dottrina, nel formulare tali generali e generalissime norme di collisione, non sono state abbastanza previdenti. Da ciò deriva che tali norme generali (*Grenznormen*) siano soggette come tali ad una progressiva interpretazione restrittiva. Ciascuna di quelle norme contiene qualche cosa di sussidiario e di relativo: *sussidiario* nel senso, che pur nell'orbita del

(1) L. c., pag. 108.
(2) L. c., pag. 108.
(3) L. c., pag. 109.
(4) *Grenznormen* nella terminologia usata dal Kahn.

rispettivo campo di impero, nulla si oppone alla formazione di più speciali norme divergenti; e *relativo* nel senso che esse si riferiscono ad una cerchia esclusiva più o meno determinata di norme di diritto materiale (1), cioè a quelle che il legislatore avea presenti nel formulare quella norma esplicita, a quelle in contatto colle quali si trovava lo Stato durante lo sviluppo di quella norma consuetudinaria. Da ciò derivano, secondo la dottrina del Kahn, due conseguenze importantissime. Dal concepire la norma vigente di diritto internazionale privato come una regola di transazione non assolutamente ammessa rispetto a tutti i diritti stranieri, ma relativa ad un determinato gruppo di diritti stranieri contemplati dallo Stato nello sviluppare quella norma, in altre parole come una regola di diritto internazionale privato esistente solo in rapporto all'applicazione delle leggi di un gruppo determinato di altri Stati, deriva la necessità di verificare se la legge straniera, della quale si tratta nel caso concreto di riconoscere l'efficacia nel territorio, appartenga a quella categoria di diritti positivi stranieri, per i quali è stata ammessa nel territorio dello Stato la regola di diritto internazionale privato che si vuol invocare. La retta interpretazione dunque di qualunque norma di diritto internazionale privato nazionale presuppone una identificazione (*Prüfung*) di diritto comparato, la quale ha lo scopo di verificare se tale regola sia invocata a favore di una di quelle norme di diritto materiale straniero, a dirimere le collisioni fra le quali la regola stessa è stata formulata. Se quella *Prüfung* dà per risultato la convinzione che certe regole di diritto materiale straniero non appartengono a quella categoria di norme materiali straniere, per le quali è stata sancita nel territorio dello Stato una regola di diritto internazionale privato, allora si saprà che in tal caso la ricerca di diritto internazionale privato non sarà finita coll'applicazione di quella regola di conflitto (*Grenznormen*), ma dovrà invece ricominciare, per procedere alla ricerca di quell'altra norma di collisione che si debba applicare nel caso concreto.

Dal carattere sussidiario delle norme di collisione deriva poi una conseguenza che anche il Kahn riconosce come analoga a quelle derivanti dal limite dell'ordine pubblico.

Infatti, pur negando che le leggi interessanti in modo particolare la società, generino per ciò soltanto una classe particolare di regole

(1) V. pag. 110.

di diritto internazionale privato, corrisponde però alla verità il dire che le regole di diritto materiale, che toccano un punto dell'ordine sociale diverso da quello contemplato da una norma generale di diritto internazionale privato, devono trovare in questo diverso punto dell'ordine sociale il loro collegamento e la loro dipendenza (1).

Procedendo per questa via si riconosce che una legge può ben sovente toccare l'ordine pubblico in diversi punti. Ciascuno di questi punti costituirà un diverso collegamento coll'ordine giuridico degli altri Stati nel cui territorio quella legge debba produrre qualche efficacia, e giustificherà l'applicazione di una diversa norma di diritto internazionale privato. Quanti sono quei contatti fra la legge straniera e l'ordine giuridico dello Stato (*Anknüpfungen*) tante saranno le regole di diritto internazionale privato vigenti in quest'ultimo che parranno indicate per l'applicazione (2); e questi contatti (*Anknüpfungen*) potranno essere, a seconda della loro importanza, di ordine principale o secondario.

L'applicazione pratica delle regole di diritto internazionale privato non è sempre egualmente complicata da questi molteplici contatti fra la legge materiale straniera e l'ordine giuridico dello Stato. In molti casi può bastare che si tenga conto del contatto (*Anknüpfung*) principale, trascurando le esigenze diverse che deriverebbero da un contatto sussidiario fra la stessa legge straniera e l'ordine interno; e trascurandole nell'interesse dell'armonia internazionale delle leggi.

In altri casi invece è evidente che il secondo interesse sociale, col quale viene in contatto la legge straniera che si tratta di applicare, è abbastanza importante per esigere la considerazione dei contatti sussidiarii di quella legge coll'ordine giuridico interno, anche andando incontro ad un vero conflitto insolubile fra le due leggi.

In tal caso se la legge straniera e l'ordine giuridico nostro sono del tutto divergenti, la legge straniera che si dovrebbe applicare per effetto della sua connessione principale (diritto personale o di famiglia), sarà esclusa dall'applicazione per la sua connessione sussidiaria (divorzio di stranieri in paese che non ammetta il divorzio). Se poi i due ordini giuridici sono diversi nelle modalità, ma analoghi (divorzio ammesso dai due paesi per motivi diversi), allora si potrà di bel nuovo trascurare il contatto (*Anknüpfung*) secondario (ordine

(1) L. c., pag. 110-112.
(2) L. c., pag. 2 e 111, 112.

della famiglia e della società) per tener conto soltanto della (*Anknüpfung*) connessione principale (estraterritorialità del diritto personale e di famiglia) (1).

« Questi ed altri simili concetti, conclude il Kahn (2), sono destinati a raccogliere la successione della dottrina dell'ordine pubblico ». E parmi di poter aggiungere che trattasi di successione legittima, poichè i concetti del Kahn appartengono in realtà alla medesima famiglia.

L'esame delle norme materiali di diritto straniero confrontate complessivamente coll'ordine giuridico nostro per determinare se a quelle norme debba intendersi estesa una nostra regola di diritto internazionale privato, rende possibile di semplificare taluni dei più gravi casi di collisioni latenti di leggi e di ostacoli d'ordine pubblico (3). Ma tale esame è strettamente analogo, per il fine cui tende, e per i termini di confronto dai quali risulta, alla determinazione delle eccezioni d'ordine pubblico. Il Kahn non si muove nel campo di concetti giuridici molto diversi quando ammette (4) che talora una regola di diritto internazionale privato applicata completamente nella scelta fra due leggi egualmente straniere, non si possa applicare più quando uno dei due ordini giuridici interessati nel rapporto sia il nostro, perchè i fini del nostro diritto nazionale siano così importanti in questo caso da non potersi sacrificare in favore dell'armonia delle leggi.

Egli ammette che si debba di regola riconoscere alle leggi straniere nel nostro territorio quella stessa efficacia che aspiriamo a conservare alle leggi nostre nel territorio altrui; ma riserva questa reciprocità alle sole regole di diritto materiale straniero che si svolgono in un mondo morale e giuridico analogo al nostro; e nemmeno nei rapporti con questi altri Stati ritiene che le regole di diritto internazionale privato vigenti nel nostro Stato debbano applicarsi senza eccezioni.

Non solo devono riservarsi tutte le eccezioni derivanti da altre regole di diritto internazionale privato eccezionali e restrittive delle prime, vigenti nel medesimo territorio. Ma anche se tali eccezioni esplicite non esistano, potrà escludersi l'applicazione d'una norma

(1) Kahn, II, *Abhandl.*, pag. 85, 86.
(2) I, *Abhandl.*, l. c., pag. 112.
(3) Kahn, II, *Abhandl.*, pag. 84.
(4) II, *Abhandl.*, pag. 79-82.

di diritto straniero, se così voglia lo spirito (*Sinn und Geist*) del nostro ordine giuridico; anche nella eccezione come nella regola, egli ammette dunque che quando il legislatore non venga esplicitamente in nostro aiuto, la via da seguire si debba cercare da noi (1).

Nè ciò è vero soltanto nella dottrina moderna così incompleta e nello stato contemporaneo molto più incompleto del diritto internazionale privato positivo dei singoli Stati, ma sarà vero altresì nel diritto internazionale privato futuro, nel quale, per quanto aumentino le norme universalmente ed uniformemente riconosciute, pur perdureranno, come le diversità fra le leggi particolari, così le disformità degli ordini giuridici nazionali e delle rispettive esigenze (2).

Ciò che finora si è ammesso come limite d'ordine pubblico o con termini analoghi, non resta dunque completamente escluso dal sistema del Kahn, il quale ne muta bensì il luogo considerandolo come elemento determinante il rapporto prevalente della legge straniera col territorio, anzichè come ostacolo all'effettuarsi del rapporto di quella legge con quel territorio, ma pur non prescinde in sostanza nè da quel concetto nè dalle ragioni che lo ispirano. Il metodo più analitico di lui dà modo di evitare l'attribuzione all'ordine pubblico di certe territorialità di leggi che si possono altrimenti giustificare. La comparazione delle varie leggi materiali facilita la determinazione del rapporto fra i due ordini giuridici; ma resta sempre che l'esclusione della legge straniera, la quale pur si dovrebbe applicare per effetto d'una regola di diritto internazionale privato vigente in uno Stato, dipende da un supremo interesse di questo Stato, e può essere determinata dal giudice, nel silenzio del legislatore, esaminando il senso intimo (*Sinn und Geist*) della legge straniera.

Il che, come si vede, è strettamente analogo al limite d'ordine pubblico ed al suo modo di manifestarsi. I risultati a cui si arriva seguendo il Kahn in confronto col Brocher, sono analoghi a quelli del Wachter in confronto col Savigny (3).

Egli non ricerca quali limiti possa opporre l'ordine pubblico a certe regole generali di diritto internazionale privato, ma in quali limiti, segnati dall'esistenza dello Stato, possano esplicarsi nei loro effetti le regole di diritto internazionale privato sancite da questo Stato.

E tali limiti non raggruppa tutti sotto la generica e vaga defi-

(1) I, *Abhandl.*, pag. 47, 48 e 68, 69.
(2) II, *Abhandl.*, pag. 10, 11 e 76.
(3) V. sopra, pag. 115-117.

nizione dell'ordine pubblico, ma ciascuno vuol singolarmente determinare e giustificare in rapporto col significato intimo delle leggi vigenti, e coi fini dei due Stati che in quel caso si trovano in rapporto.

298. — Non è dunque del tutto inesatto il dire che tutti si trovano d'accordo circa il concetto generico dell'ordine pubblico, se i dissenzienti non sono molti, e se anche quelli ritornano poi coi risultati della propria divergenza in regioni molto vicine a quella donde hanno pur voluto allontanarsi (1).

E dovunque si ritrova, tuttochè variamente presentato e graduato, l'argomento più generale della giustificazione dell'ordine pubblico: che la conservazione della società basta cioè a rendere territoriali le leggi che la tutelano ed i rapporti che vi si riferiscono (2).

Fra le leggi, dice il Pillet (3), bisogna distinguere quelle che garantiscono le condizioni di esistenza dello Stato, da quelle che regolano i diritti e tutelano gli interessi dei privati. Queste ultime si possono concepire anche modificate dalla volontà dei privati, o sostituite dalle disposizioni di una legge straniera. Quelle al contrario sono indispensabili allo Stato e devono esservi fatte valere in modo assoluto, poichè è sopratutto legittimo che ciascuno Stato faccia valere la legge rispettiva in quanto si riferisce alla propria tutela ed alla conservazione della propria personalità. Gli Stati che reciprocamente riconoscono questa loro personalità rispettiva, devono reciprocamente ammettere in tutte le sue conseguenze il limite di ordine pubblico, che di tale personalità è una conseguenza.

Ma nella stessa giustificazione generica del limite d'ordine pubblico, in che pur tutti si accordano, sta la ragione principale delle divergenze concrete che si manifestano fra le leggi e fra gli autori quando si tratta di formularlo e di applicarne le conseguenze. Infatti le regole fondamentali di un sistema di diritto internazionale privato sono corollarii del concetto di quella comunità di diritto che si può teoricamente pensare estesa a tutti i popoli del mondo. A questa comunità di diritto i singoli Stati partecipano con una certa somma di competenza legislativa, e tale competenza vien delimitata nella sua espansione territoriale in ragione dell'indole specifica delle leggi

(1) V. anche § 133, pag. 163, a proposito del Laurent.
(2) V. § 133, pag. 169, 170.
(3) Pillet, *De l'ordre public en droit international privé*. Paris, Larose et Forcel, 1890, pag. 3 e 4.

e del loro contenuto. Il limite di ordine pubblico invece s'informa al concetto della conservazione dello Stato, e da tale conservazione è giustificato. Quel limite è giustificato pertanto da un concetto per se stesso peculiare e mutabile, perchè non si può pensare al diritto di conservazione dello Stato in genere, ma a quello di ciascuno Stato individualmente e cronologicamente determinato, che avrà, secondo l'indole propria e secondo i momenti della propria esistenza, esigenze diverse di conservazione e diversi elementi vitali da conservare.

Il limite d'ordine pubblico (1) deve dunque, nel suo contenuto, essere, in ordine di tempo e di luogo, essenzialmente mutabile (2). E ciò perchè nell'applicarlo concretamente, non è possibile lasciarsi guidare da principii generali, ma è necessario partire dal punto di vista di uno Stato determinato (3). Il formulare il limite d'ordine pubblico colla stessa precisione che è dato conseguire nel formulare le regole di diritto internazionale privato che da quello devono essere limitate, non è dunque impresa possibile (4). E per la medesima ragione è inevitabile una grande varietà nell'applicazione dello stesso limite da parte delle leggi e della giurisprudenza dei diversi Stati (5).

299. — Tale incertezza è notata da molti scrittori, ma non tutti si avvedono della sua inevitabilità e taluni di loro, d'un lato imputano a chi li ha preceduti una insufficienza di pensiero (6) che in realtà

(1) V. sopra, pag. 274, 275.

(2) Despagnet, *Précis*, 3me édition. Paris, Larose, 1898, pag. 223. Lo stesso Despagnet, nello studio: *L'ordre public en droit int. privé* (*Journal de droit int. pr.*, 1889, pag. 5-21), paragona (pag. 5 e 15) le disposizioni di legge che consacrano i principii fondamentali dell'organizzazione dello Stato, e che, tutte insieme, costituiscono il suo *ordine pubblico*, a " une sorte de forteresse dans la législation de chaque pays que l'on ne peut envahir, et dont l'observation, dans chaque État, suffit pour assurer le respect de la souveraineté, bien que l'on accepte, sur d'autres points, l'application d'une loi étrangère ". Paragone assai felice in quanto corrisponde al carattere assoluto e ad un tempo mutabile cronologicamente e topograficamente, dell'ordine pubblico, a quella guisa che mentre in ciascuno Stato si deve completare con fortezze la difesa del territorio, il numero e l'ubicazione delle fortezze varia di Stato in Stato e può variare di epoca in epoca nel medesimo Stato secondo le mutabili necessità delle frontiere rispettive.

(3) Jitta, *La méthode du droit international privé*. La Haye, Belinfante, 1890, pag. 173.

(4) V. sopra, pag. 265, 266.

(5) Despagnet, *Journal*, l. c., pag. 15 e 16.

(6) Von Bar, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*. Hannover, Hahn, 1889, vol. I, pag. 98, 99; a proposito della formula del Fusinato; ed altre critiche dell'Asser e d'altri riferite da lui alla pag. 97, na 10.

non potrebbe loro imputarsi, mentre dall'altro (1), per conseguire una chiarezza ed una semplicità, che d'altronde non sono conseguibili, violentano la ragione delle cose e pretendono costringere il limite di ordine pubblico in troppo ristretti confini.

Così accade al Boissarie (2), che, dopo avere constatata « la désespérante élasticité et la dangereuse fragilité de pareilles expressions » (3), conclude coll'affermare che se si ammettesse la deroga dell' ordine pubblico senza definirne la portata, questo si ridurrebbe ad essere l'arbitrio « sous le manteau de la légalité ». E per evitare questo arbitrio, il Boissarie finisce col ridurre il limite di ordine pubblico, al diritto pubblico propriamente detto ed alle regole dirette a tutelare i diritti dei terzi (4), criterio questo del quale il Pillet dimostra chiaramente l'imperfezione (5), pur riconoscendo egli stesso l'insufficienza delle altre definizioni e l'impossibilità di enumerare completamente, nello stato attuale del diritto internazionale, le leggi di ordine pubblico.

Ed il Bustamante, dopo aver notato che, anche oltre i limiti segnati dal Boissarie, vi sono in ciascuno Stato molte altre leggi delle quali non potrebbe contestarsi il carattere assolutamente territoriale, giustamente afferma che il negare a tali leggi la giustificazione dell'ordine pubblico è « atacar un nombre, plantear una cuestion de palabras, discutir un problema de forma, y dejar en pié intacta é ilesa la verdadera dificultad de fondo » (6).

L'insufficienza delle definizioni dell'ordine pubblico che è dato di constatare, deve considerarsi soltanto come una dimostrazione pratica della difficoltà di delimitarlo con precisione, difficoltà che deriva dall'indole stessa della materia e che vale a spiegare le gravi divergenze palesate dagli autori nel definirlo e nell'applicarlo (7).

(1) Von Bar, vol. I, pag. 99: " Allerdings hat Brocher es hinterlassen, die Kriterien dieser Unterscheidung (ordine pubblico interno ed internazionale) genauer festzustellen; indess sie ist unzweifelhaft richtig ".

(2) Boissarie, op. cit., pag. 106-108.

(3) *Interesse generale, ordine pubblico, diritti della società*, ecc. ecc.

(4) V. Despagnet, *L'ordre public* (*Journal de dr. int. privé*, 1889, pag. 211), a proposito del *Manuel de droit int. privé* del Bourdon-Viane et Magron, pag. 274, 275, dove il carattere di ordine pubblico è ristretto alle sole leggi penali.

(5) Pillet, *De l'ordre public en droit internat. privé*. Paris, Larose, 1890, pag. 24, n.

(6) Bustamante, *El orden publico*, pag. 15 e 16.

(7) Bustamante, l. c., pag. 17-42; Pillet, l. c., e *Le droit intern. privé considéré dans les rapports avec le droit intern. public* (*Rev. pratique de droit intern. privé*, vol. II, pag. 136 e 137); Despagnet, l. c., pag. 15 e 16.

Da tali ragioni derivano così le insufficienze come le disformità delle dottrine e del diritto positivo (1). La divergenza che ho notata fra il Laurent e l'Esperson (2) nell'ammettere o nel negare la estraterritorialità di talune leggi successorie e di talune disposizioni testamentarie, deriva appunto dalla difficoltà di determinare con precisione il limite di ordine pubblico. L'uno considera soltanto i rapporti e gli interessi privati che sono oggetto immediato d'una legge o d'una disposizione successoria ed ammette l'applicazione della legge straniera secondo le regole normali della competenza. L'altro considera come preponderante l'elemento sociale indirettamente interessato ad ammettere o non ammettere la primogenitura o la sostituzione fedecommissaria, ed esclude l'applicazione della legge straniera che le riconosce in nome dell'ordine pubblico del paese che le riprova e nel territorio del quale tali istituti dovrebbero espandere i proprii effetti. A ragione il Bustamante (3) confessa che: « por desgracia..... no hay materia más confusa, ni menos meditada, ni tan discutida en nuestra ciencia como el orden publico internacional »; ma poi, accennando all'articolo 12 del Titolo preliminare del Codice italiano, ammette che « el hombre dotado de mayor perspicacia y de más alto sentído jurídico, no sería capaz de fijar á priori, con precepto tan elástico y tan vago, cuáles son las leyes territoriales ». Infatti ciascuna formula legislativa (e quella della nostra legge può addursi ad esempio) appare incerta e vaga; e l'una dall'altra queste formole legislative divergono, così da dimostrare che il diritto positivo non è arrivato ancora ad ispirarsi ad un concetto generale comprendente tutte le leggi di ordine pubblico e non comprendente se non che queste, ad esclusione di tutte le altre.

Il loro dissidio e la loro incertezza risultano dalle formule rispettivamente adottate: d'un lato si parla di diritto pubblico e d'ordine pubblico come nelle risoluzioni dell'Istituto di diritto internazionale; dall'altro, come nell'opera del Laurent, di diritto della società; il Savigny trova un limite all'estraterritorialità delle leggi (4) nelle leggi di natura positiva rigorosamente obbligatoria; il Wächter nelle *leges cogentes;* l'Aubry e Rau parlano di « leggi di polizia e di sicurezza »; il Foelix di leggi che pregiudichino il diritto di sovranità ed i diritti

(1) V. sopra, pag. 320-323 e 258-263, 265, 266, 270-272, 274.
(2) V. sopra, pag. 320-323.
(3) L. c., pag. 11 e 12.
(4) V. sopra, pag. 102 e 103.

dei nazionali; il Martens fa eccezione per le leggi straniere illegittime ed immorali. La formula « *leggi di polizia e di sicurezza* » è ancora quella del Codice francese; il Codice italiano, per essere più comprensivo, ha finito per riuscire più vago, ed attribuire il carattere e l'autorità di limiti « alle leggi proibitive, all'ordine pubblico ed al buon costume »; il Codice Tedesco (art. 30 dell'*Einführungsgesetz*) ammette come limiti *il buon costume e la finalità di una legge tedesca.* Tanti legislatori dunque e tante gradazioni diverse di concetti fondamentali e di formule esplicative; tanti autori e tante diverse gradazioni di limiti e di applicazioni. Da ciò divergenza fra le leggi positive in quanto alle loro disposizioni ed all'applicazione di queste ultime ai casi concreti; da ciò divergenze inevitabili nella giurisprudenza sia nell'applicare la formula limitatrice enunciata dal legislatore, sia nel supplire al silenzio di questo rispetto ad un limite del quale la esistenza e la necessità non sia in ciascun paese meno incontestabile, per ciò solo che il legislatore abbia trascurato di definirlo. Ed in ciò apparisce il lato negativo dell'attuale dottrina dell'ordine pubblico: trattasi cioè di un limite all'applicazione delle leggi straniere, che è generalmente incontestato, ma che nelle dottrine e nelle leggi non pare suscettibile di essere delimitato con precisione. Sicchè quando non si avesse e non si potesse avere altro criterio di giudizio all'infuori di quello che può esser formulato dal legislatore, sarebbe giusta l'osservazione del von Bar, che « dieses ganze Prinzip weich wie Wachs und liegsam wie Kautschuk sei, dass man *alles* und *nichts* damit beweisen könne ».

300. — Ma questo potrebbe dirsi il lato negativo della dottrina dell'ordine pubblico. Quel giudizio però non potrebbe considerarsi come definitivo, se non quando si fosse pervenuti alla certezza di non poter d'altronde trovare nella dottrina dell'ordine pubblico un elemento positivo. Nè ciò presenta quelle difficoltà insuperabili che in quel giudizio parrebbero riflesse. Pur avendo ammesso cioè che il limite alla estraterritorialità delle leggi dipendente dai supremi diritti dello Stato, non possa definirsi con quella certezza di formule e di applicazioni di cui son pur suscettibili gli altri elementi di un sistema di diritto internazionale privato, resta a vedere in qual misura e fino a qual punto sia pur dato di farvi penetrare una maggior chiarezza e precisione di concetti fondamentali e di applicazioni. Dopo aver accennato a quella precisione assoluta della quale l'argomento non è suscettibile, ed a quei molti dispareri ed incertezze che tuttora vi

si lamentano, è opportuno ricercare a parte a parte quel tanto di precisione relativa di cui possa esser capace. E prima di tutto, quanto al concetto fondamentale, bisogna, come dice il Boissarie (1) « presser cette notion, lui donner une signification précise et borner son étendue; car la question est capitale: elle domine tout le droit international privé ». Infatti se uno degli elementi del sistema di diritto internazionale privato deve essere inevitabilmente incerto e mutabile, importa sommamente alla consistenza del sistema che quella incertezza sia circoscritta entro i più ristretti confini.

Il problema non s'identifica, come ha dimostrato in un luogo del suo grande Trattato il Laurent (2) con quello dello statuto reale nel senso tradizionale della parola (3), ma si svolge sopra una base del tutto propria ed indipendente. In tal caso, come ben nota il Brocher (4), si trovano di fronte non già, come negli altri rapporti di diritto internazionale privato, due leggi mediatamente, e immediatamente una legge ed un individuo straniero, ma piuttosto esclusivamente due leggi che sono reciprocamente in assoluta ed irriducibile antinomia. Quando in un territorio l'applicazione di una legge straniera, che dovrebbe farsi secondo le regole normali del diritto internazionale privato, sia in contraddizione con una legge territoriale, e questa legge territoriale sia di quelle che interessano la conservazione dello Stato e son destinate a tutelarvi certe esigenze d'ordine sociale, allora si ha evidentemente un caso di territorialità eccezionale della legge, voluta da un motivo d'ordine pubblico (5). L'offesa all'ordine pubblico deriva poi, come dice il Fiore (6), non dall'opposizione radicale delle due leggi (7), ma dall'essere il fatto giuridico che, in virtù di una legge straniera, si vorrebbe porre in essere nel territorio o le conseguenze di quel fatto, in antinomia coll'ordine pubblico di quel territorio (8).

Antinomia assoluta delle due leggi, effetto immediato di questa antinomia sugli elementi essenziali di esistenza dello Stato dove la legge straniera si dovrebbe normalmente applicare, sono gli elementi essenziali del limite di ordine pubblico. Così dal concetto di ordine

(1) L. c., pag. 107.
(2) *Dr. civ. intern.*, vol. II, § 206, pag. 372.
(3) V. sopra, pag. 322 e 323.
(4) V. sopra, pag. 317 e 318.
(5) V. Fiore, cfr. sopra, § 257, pag. 261, 262.
(6) Cfr. sopra, pag. 264.
(7) Cfr. Fusinato, v. sopra, pag. 270.
(8) Cfr. Pillet, l. c., pag. 45-49.

pubblico, è escluso quello troppo vago delle leggi proibitive da un lato, e dall'altro quello dell'interesse dei singoli pertinenti al paese dove una determinata legge straniera si voglia applicare. Appunto perciò il Pillet dice: « Nous n'admettons (1) dans cette catégorie que ceux des commandements du législateur qui présentent un caractère de nécessité sociale ». Perchè una legge possa ritenersi, nei rapporti di diritto internazionale privato, di ordine pubblico, non basterà dunque che essa interessi lo Stato, o i cittadini od una categoria di questi, o sia conforme all'ordine pubblico o diretta ad assicurarne il mantenimento, ma occorrerà che l'applicazione assoluta e senza eccezione di quella legge sia indispensabile a tale ordine pubblico, così che ogni eccezione fatta a tale legge lo comprometta.

Tale rapporto immediato e pratico ritenuto essenziale, fra la osservanza di una legge territoriale, e la efficacia di una legge straniera, contribuisce non poco a chiarire il concetto dell'ordine pubblico. V'è un limite, all'applicazione della legge straniera in un territorio, che non dipende dalle regole normali di competenza, e non si ricollega collo statuto reale propriamente detto. Tale limite è quello comunemente designato come eccezione d'ordine pubblico. A costituirlo non basta che esista antinomia assoluta fra la legge territoriale e la legge straniera, o fra questa e il modo di essere della società nel territorio della quale dovrebbe applicarsi. È necessario che gli stessi elementi essenziali della esistenza della società e dello Stato siano coinvolti in quell'antinomia, così da restare turbati ed offesi da una diminuita applicazione del diritto positivo territoriale.

301. — In questo senso è nel vero il Laghi (2) quando afferma che il limite di ordine pubblico non è eccezionale, ma piuttosto un elemento del sistema del diritto internazionale privato determinato dal nesso di condizionalità fra una disposizione legislativa e lo Stato che la ha emanata. In questo senso può veramente affermarsi che il limite di ordine pubblico essendo un attributo « delle leggi che consacrano un diritto o un interesse sociale » (3), sia giustificato dal diritto di sovranità degli Stati e da quello conseguente di conservazione. Infatti, concepito in tal modo, trattasi di un limite così essenziale alla vita dei singoli Stati, da doversi considerare come un loro attributo necessario anche quando la legge non lo abbia espressa-

(1) L. c., pag. 20
(2) V. sopra, pag. 268.
(3) Cfr. Fedozzi, v. sopra, pag. 272.

mente enunciato, e da potersi delimitare dal magistrato anche quando il diritto scritto enunciandolo, o non lo abbia del tutto o lo abbia troppo vagamente delimitato.

Tanto se si consideri lo Stato isolatamente come un ente perfetto, quanto se lo si consideri nella grande società degli altri Stati, il diritto di conservarsi risulta come uno dei più diretti attributi della sovranità. Nel primo caso tale diritto apparisce come giusta pretesa d'ogni singolo Stato. Nel secondo, come diritto e limite, a vicenda riconosciuto e garantito reciprocamente da tutti gli Stati, nella comunità internazionale. Ora nel diritto di conservazione non si comprende soltanto la facoltà di salvaguardare il proprio territorio dalle usurpazioni altrui, ma anche quello di conservare intatta così la libera iniziativa legislativa, come la facoltà di applicare nel territorio le proprie leggi, e sopratutto la facoltà di conservare in tutto inalterata quella che si potrebbe dire la fisonomia giuridica dello Stato e della società, fisonomia giuridica che è elemento così essenziale della sua individualità ideale, come è elemento essenziale il territorio della sua individualità geografica. Il diritto adunque di impedire nel territorio l'applicazione di qualunque legge straniera che alteri quella individualità giuridica dello Stato, è una facoltà che non solo lo Stato esercita in fatto per effetto del suo diritto di indipendenza e di legislazione, ma che esso esercita legittimamente anche di fronte agli altri paesi, in virtù del diritto di conservazione che da questi gli è riconosciuto e garantito. Se nelle materie che toccano l'ordine pubblico si impedisce pertanto il sovrapporsi del diritto straniero al diritto nazionale (1), ciò non è soltanto un fatto costante nel diritto positivo dei singoli Stati, ma altresì una legittima manifestazione giuridica nel campo dei rapporti internazionali. Che ogni individuo, risiedendo in territorio di Stato diverso da quello cui appartiene, o possedendovi beni, od estendendovi comunque la propria attività giuridica debba soggiacere a quei limiti imposti alla sua azione ed a quella della sua legge dai supremi diritti di tale Stato, è un fatto la cui legittimità è suffragata dalle più intime ragioni del diritto internazionale.

E poichè in tali casi si tratta di salvaguardare l'integrità dell'ordine costituito nello Stato, può dirsi che il limite per tal guisa imposto alla efficacia del diritto straniero nel territorio, sia voluto e giustificato dalla tutela dell'ordine pubblico. La integrità giuridica

(1) Bustamante, l. c., pag. 64-70.

dello Stato sarebbe minacciata, quando l'applicazione di una legge straniera vi turbasse taluni elementi essenziali della sua esistenza. Tali elementi essenziali possono riferirsi alla sua vita giuridica, politica, morale od economica; ma in tutti egualmente si tratta « dell'ordine » in quello Stato costituito e sul quale quello Stato riposa.

La denominazione di « ordine pubblico » e di « limite di ordine pubblico », mi pare pertanto ad un tempo più chiara e più comprensiva di altre preferite da autori e da legislatori fino ad ora. Comprende tutte le leggi essenziali per l'ordine dello Stato sia questo giuridico o politico, morale od economico; vi comprende implicitamente quelle relative al buon costume, che, enunciate nominativamente dopo la espressione « ordine pubblico », come nella legge nostra, contribuiscono piuttosto a renderne meno chiaro il significato; non comprende che una sola categoria di leggi proibitive ed esclude l'equivoco che, enunciando queste ultime particolarmente, potrebbe indurre a considerare tutte le leggi proibitive come interessanti l'ordine pubblico; e non distingue, come ha fatto il Savigny, due categorie di leggi assolute che non bastano ad escludere dalla dottrina ogni imperfezione ed oscurità. Infatti nella prima specie di quelle leggi (leggi positive rigorosamente obbligatorie) troppo apparisce il fatto della indipendenza legislativa dei singoli Stati senza la giustificazione che, nel caso dell'ordine pubblico, deriva all'esercizio di quella indipendenza dalle ragioni del diritto internazionale e della convivenza degli Stati; nella seconda (istituzioni di uno Stato non riconosciute in un altro) d'un lato si ha una formula troppo estesa perchè non tutte le istituzioni di uno Stato non riconosciute in un altro, ne turbano l'ordine se nel territorio di questo si considerano come esistenti, nei riguardi di forestieri: dall'altro lato si ha una formula troppo ristretta perchè non comprende i casi di istituzioni di uno Stato che, nel territorio di questo, si debbano considerare come esistenti anche per gli stranieri la cui legge non le riconosca. La denominazione di « ordine pubblico », mentre corrisponde alla generalità che è propria del soggetto, è dunque di tutte le altre finora usate, la più esatta e la più comprensiva.

302. — Questo concetto generale del limite di territorialità derivante non tanto dall'indole dei rapporti giuridici, quanto dai supremi diritti degli Stati nel territorio dei quali tali rapporti debbano effettuarsi, può circoscriversi così da acquistare quel grado notevole di

precisione che è giustamente invocato dal Bustamante (1) e che anche il Pillet (2) crede possibile. A proposito dei quali giudizi meritano completa approvazione le parole del Bustamante, perchè servono ad indicare quale grado e quale specie di precisione sia possibile conseguire nello studio del limite di ordine pubblico. Non è conseguibile la precisione di un comando che debba chiaramente ed uniformemente applicarsi ai casi particolari, come avviene per le altre regole di diritto internazionale privato, ma bensì la precisione relativa di un rapporto. Non può trattarsi dunque di una formula costante ed immutabile, della quale sia imposta l'applicazione al magistrato, ma piuttosto di un criterio costante di giudizio fornito a quest'ultimo per valutare, in relazione colle varie condizioni di esistenza dello Stato al quale appartiene, il limite che debba assolutamente imporsi all'applicazione nel suo territorio delle leggi straniere (3).

Il concetto dei supremi diritti dello Stato, ad esclusione di quello degli interessi dell'individuo, assunto a fondamentale giustificazione dell'ordine pubblico, è sopratutto importante per impedire a questo limite di degenerare così da lasciar troppo vasto campo alla territorialità delle leggi (4) e da snaturare tutto il sistema del diritto internazionale privato. Si è già raggiunto un notevole elemento negativo di precisione quando si sia esclusa la prevalenza della legge territoriale sulla legge straniera, determinata dalla tutela di un puro interesse dei sudditi, dalla categoria dei limiti all'applicazione del diritto straniero che possono essere giustificati dall'ordine pubblico. Così la capacità del contraente straniero giudicata secondo la legge territoriale anche in un paese dove normalmente si applichi allo straniero la di lui legge nazionale, e ciò per tutelare l'interesse dell'altro con-

(1) Bustamante, l. c., pag. 10 e 11: " Sin definir con toda exactitud el concepto del orden publico; sin fijar reglas claras y precisas para distinguir las leyes que en cada Estado forman parte de el; sin precisar las razones en que deben inspirarse el legislador y el juez, para formular el una y aplicar el otra reglas juridicas á todas las personas y á todas las cosas que se encuentren en el territorio, la ciencia del derecho internacional privado no puede avanzar una linea ".

(2) Pillet, l. c., Prefazione: " .....si on peut lui reprocher son incertitude, sa variabilité, c'est parce qu'elle n'a pas été étudiée avec assez de soin. Qu'on la serre de plus près et l'on trouvera en elle une formule incontestablement juste, et d'une précision assez grande pour qu'elle puisse servir de guide dans la solution des conflits des lois ".

(3) Cfr. Weiss, *Traité élémentaire*, IIª ediz., pag. 244 e 291, e Surville, *Journal de dr. int. privé*, 1889, pag. 537.

(4) Cfr. Pillet, l. c., pag. 27, e Boissarie, l. c., pag. 118-130 e 155-160.

traente suddito dello Stato; la competenza del tribunale territoriale fatta prevalere, contro tutte le regole normali di competenza, soltanto per proteggere l'attore nazionale contro il convenuto straniero, non potrebbero più giudicarsi come corrispondenti al concetto dell'ordine pubblico.

Senza dubbio dove tali norme sono in vigore il loro impero è assoluto: perchè suprema è in ciascuno Stato la volontà del legislatore, e perchè nell'ordinamento attuale della società degli Stati, ciascuno Stato è organo indipendente, nel proprio territorio, del diritto internazionale. Ma quei limiti non potrebbero ascriversi alla categoria dell'ordine pubblico nel senso che in una costruzione razionale di una dottrina dell'ordine pubblico, essi possano esservi compresi come rispondenti alle esigenze supreme dello Stato, e nel senso altresì che gli altri Stati siano obbligati a riconoscerne la legittimità e possano legittimamente ricorrere a misure di ritorsione come avviene appunto a proposito dell'art. 14 del Codice civile francese. Tali limiti infine non sarebbero di quelli cui ragionevolmente possa arrivare nei singoli casi il giudice, come interprete della volontà del legislatore, anche quando questo espressamente non lo comandi.

L'esagerazione del concetto di ordine pubblico, è sommamente pericolosa; passando dal campo dei diritti dello Stato a quello degli interessi della società o dei singoli che ad uno Stato appartengono, si arriva ad applicare ad uno straniero la legge più favorevole alla validità dell'atto, come colla legge federale svizzera sulla capacità civile del 1882; o si esclude la legge straniera del proprietario dai diritti successorii sugli immobili (1); e così si annulla in gran parte, e in tutto si altera, il sistema di diritto internazionale privato che pur si è voluto adottare. Quando si ponga a fondamento della dottrina dell'ordine pubblico un concetto giuridico, quello cioè dei supremi diritti dello Stato e della integrità della sua esistenza, tutte queste esagerazioni sono potenzialmente evitate così da parte dei magistrati, come da parte dei futuri legislatori.

303. — Tale criterio giuridico deve così esclusivamente ispirare le disposizioni del legislatore e le decisioni dei magistrati, da risultarne per ciascun paese una perfetta unità nel rispettivo limite di ordine pubblico all'applicazione delle leggi straniere. Deve effettuarsi,

(1) Cfr. Despagnet, *Précis*, pag. 221, dove condanna la confusione fra *ordre public*, e *intérêt public* e *intérêt du public*.

come nel sistema del Wächter, una uniforme ispirazione del legislatore a determinate necessità, e del magistrato alla logicamente presunta volontà del legislatore, così da risultarne regole e decisioni raggruppate intorno ad un unico concetto e ben coordinate fra loro. Il che non vuol dire che, nella condizione attuale della società internazionale, e nel diverso sviluppo degli Stati, si possa concepire ora l'unità del limite d'ordine pubblico nel senso che esso possa manifestarsi egualmente ed uniformemente in tutti gli Stati, od in un numeroso gruppo di Stati. Quell'unità, attualmente può significare soltanto che, messo in rapporto il limite d'ordine pubblico considerato come effetto, colle esigenze supreme di integrità degli Stati considerate come causa, si avrà per ciascuno Stato un criterio sicuro per giudicare quali materie debbano ascriversi, in rapporto coi modi peculiari di esistenza di quello Stato, all'ordine pubblico, e per determinare di quali leggi straniere, le ragioni della esistenza e della integrità di quello Stato particolare, debbano nel territorio che gli appartiene, vietare l'applicazione.

A questo carattere di *unità* relativa a ciascun paese, che deve presentare il limite di ordine pubblico, corrisponde attualmente per questo l'altro carattere di *particolarità* o *nazionalità* od *individualità* che dir si voglia. In una organizzazione futura dell'umanità si può concepire un ordine pubblico universale, in nome del quale uniformemente si vieti in proporzioni determinate l'espansione in uno Stato dell'efficacia delle leggi particolari degli altri. In questo futuro ordinamento del mondo, l'ordine pubblico potrebbe essere internazionalmente ed uniformemente definito e regolato, in modo analogo con ciò che avviene ora nei rapporti di diritto interregionale. Ma per ora è necessario considerare l'ordine pubblico in relazione agli Stati quali esistono ed alla società internazionale quale è costituita. E trattasi appunto di una collettività imperfetta del cui particolare modo di essere si manifestano gli effetti nel concetto dell'ordine pubblico e nel modo di farlo valere.

La società internazionale esiste, ma non è costituita nel modo in che s'intende costituito uno Stato. Non ha un solo organo supremo della propria esistenza collettiva come ha ciascuno Stato; ma i singoli Stati sono e si riconoscono reciprocamente come organi del diritto e della società internazionale ciascuno nel proprio territorio. Sicchè gli elementi irriducibili di integrità sovrana e legislativa ai quali uno Stato non possa rinunciare senza compromettere l'entità o i

modi della propria esistenza, non sono quali una autorità universale, organo della società internazionale, li possa aver definiti, ma quali ciascuno Stato per sè li ha individualmente concepiti e formulati.

Da ciò deriva che, pur tutti gli Stati appartenendo alla società internazionale, ciascuno di loro sia singolarmente competente a definire fino a qual punto la propria esistenza individuale sia e possa essere in quella della società internazionale compresa e subordinata. In questo senso può parlarsi della *nazionalità* od *individualità*, come di un carattere proprio del limite d'ordine pubblico. Poichè questo limite è concretamente tale in ciascuno Stato, quale l'autorità sovrana di questo Stato crede che debba essere e vuole che sia.

Ed in ciò, dal punto di vista dottrinale, appare una delle sue imperfezioni. Infatti, dato il modo di esistere di uno Stato, vi sono certe esigenze supreme della sua esistenza dalle quali dev'essere esclusa la applicazione di ogni legge straniera che con quelle contrasti. In quanto a tali esigenze corrisponda il limite di ordine pubblico, questo si afferma e si sviluppa senza esagerazioni nei suoi giusti confini, salvaguarda i diritti dello Stato e non snatura il sistema del diritto internazionale privato. Ma ciascuno Stato è solo competente a constatare, relativamente alla propria esistenza di Stato, quelle esigenze, e pertanto a definire e ad applicare quel limite. Il quale è assolutamente obbligatorio nel territorio dello Stato quando l'autorità sovrana lo abbia definito e perchè così quell'autorità lo ha definito, anche quando non sarebbe tale secondo i principii più razionali della dottrina applicata a quello Stato ed alle peculiari esigenze della sua esistenza.

Si hanno dunque in molti Stati, e si possono avere in tutti, limiti di ordine pubblico che son tali secondo la legge positiva vigente in quel paese, e secondo la ragione del diritto applicata ai modi peculiari di esistenza di quello Stato; e limiti di ordine pubblico che son tali perchè la volontà dello Stato li impone, senza che nessuna di quelle ragioni li suffraghi. Ma lo Stato, essendo il solo organo competente del diritto internazionale nel proprio territorio, comanda in modo del pari legittimo nell'un caso e nell'altro, sia che si ispiri alla sola tutela della propria integrità, sia che voglia tutelare in modo assoluto un interesse dei singoli suoi sudditi, o un ordinamento particolare del proprio suolo.

Questo è uno degli elementi d'imperfezione della dottrina dell'ordine pubblico e del sistema in genere del diritto internazionale

privato. Il limite d'ordine pubblico è un elemento essenziale di questo sistema; nel tempo stesso la sua concezione concreta ed il suo ordinamento cadono, come tutto il sistema di diritto internazionale privato, sotto la competenza dei singoli Stati. Vi cadono anzi più completamente, perchè il sistema di diritto internazionale privato adottato in uno Stato può essere codificato da questo in modo generale, o relativamente ad altri paesi mediante convenzioni; nell'un caso e nell'altro l'eccezione dell'ordine pubblico potrà essere enunciata in termini generali; e poi, pur restando inalterato il sistema di diritto internazionale privato vigente, quello Stato resterà pur libero di modificarlo in tutto od in parte allargando o limitando in generale o rispetto ad un istituto determinato il limite di ordine pubblico (1). Quando la volontà dello Stato sia stata espressa a tale riguardo, il giudice dovrà applicare il limite quale risulta dalla legge nazionale, e da quella legge nazionale che è vigente nel momento del suo giudizio. La *nazionalità* e l'*attualità* di quel limite, d'un lato sono criterii sicuri per il magistrato, dall'altro diminuiscono la certezza e la stabilità della dottrina, e sono evidenti occasioni di ritorsione nei rapporti fra i varii paesi.

304. — A questo punto è dato riscontrare la bontà dei concetti del Brocher e della distinzione da lui fatta fra l'ordine pubblico interno e quello internazionale; il primo, nel quale si hanno in contrasto la volontà dello Stato e quella dei singoli che gli appartengono, il secondo nel quale stanno di fronte le volontà di due Stati diversi rappresentate da due leggi rispettive (2); il primo che s'impone ai soli sudditi e può spiegare anche una efficacia estraterritoriale diventando parte dei loro rapporti giuridici (3), il secondo che s'impone a tutti, cittadini e forestieri, e manifesta dunque una efficacia prevalentemente negativa e territoriale. Il Bustamante, cui si deve il lavoro più completo e meditato, relativo all'ordine pubblico, riprende quella distinzione e la illustra e la sviluppa nel modo migliore (4).

Egli considera da prima distintamente le leggi di ordine privato e quelle di ordine pubblico. Le prime hanno carattere suppletorio nel senso che obbligano soltanto nei limiti consentiti dalla volontà delle

(1) Cfr. Fiore, v. sopra, pag. 262.
(2) V. sopra, pag. 330, 331.
(3) Vedi sopra, pag. 359, 360, e Despagnet, *L'ordre public* (*Journal de droit int. privé*, 1889, pag. 207-211).
(4) Bustamante, l. c., pag. 76-93.

parti. Quelle leggi sono applicabili a nazionali e stranieri quando gli uni e gli altri si sottopongano volontariamente, in modo esplicito o tacito, cioè non disponendo diversamente. Nel caso di silenzio delle parti, queste leggi non saranno tutte egualmente suppletorie, ma saranno tali diversamente secondo le varie indicazioni di competenza risultanti dalle regole del diritto internazionale privato. Ai contratti, per esempio, si applicherà la legge del luogo dell'atto o quella nazionale comune alle parti, alle successioni la legge nazionale o quella del domicilio del defunto secondo il criterio adottato nel paese circa la scelta della legge regolatrice della capacità personale e dei rapporti di famiglia.

Tutte le leggi che dispongono escludendo una eventuale disposizione diversa delle volontà individuali, non appartengono più, secondo il loro fine, all'ordine privato, ma all'ordine pubblico. Alla loro volta però devono distinguersi in due categorie: di ordine pubblico interno cioè, e di ordine pubblico internazionale. Le une e le altre si connettono colla esistenza dello Stato e colle sue finalità, e le une come le altre sono sufficientemente garantite nella vita interna dello Stato quando siano fatte valere nel suo territorio in confronto colla volontà degli individui che gli appartengono. Di talune poi l'efficacia è limitata ai cittadini per il loro oggetto: come le regole relative alla perdita della nazionalità e le condizioni per conseguire certi pubblici uffici. Altre si indirizzano come assolute ai soli cittadini per la loro indole: tali sono le regole relative ai limiti di età per contrarre matrimonio. Queste norme sono obbligatorie per i soli cittadini e si impongono in modo assoluto soltanto alla loro volontà individuale.

Sono di ordine pubblico per il loro carattere assoluto e per l'interesse pubblico donde tale carattere deriva e si giustifica; ma sono di ordine pubblico interno perchè il loro fine è raggiunto quando soggiaciano assolutamente al loro impero i sudditi dello Stato.

Un'altra categoria di leggi è quella che cade nel campo della presente indagine, ed è quella delle leggi di ordine pubblico internazionale. Tali sono le leggi che devono vigere in modo assoluto nel territorio così nei riguardi dei sudditi come degli stranieri, perchè, anche se questi soltanto potessero sottrarvisi nei limiti del territorio, i diritti fondamentali dello Stato, la sua organizzazione politica, la integrità e l'essenza del suo potere sovrano ne resterebbero offesi. Tali leggi, come le leggi di ordine privato, si applicano a tutti; ma mentre il carattere di queste è suppletorio, il carattere di quelle è esclusivo

e non lascia alcuna parte alla volontà dei singoli. La indicazione specifica delle leggi appartenenti a tale ultima categoria, e la distinzione di ciascuna di tali leggi da quelle di ordine pubblico interno, non può risultare se non che da una indagine analitica; ma la distinzione generica di tali categorie apparisce giustificata dalla distinzione dei diritti dello Stato, considerato così in rapporto coi proprii sudditi, come nella convivenza della società internazionale.

Che lo Stato possa e debba sottrarre taluni rapporti a volontà diverse dalla propria, è evidente per chiunque consideri che cosa lo Stato sia e quale esistenza di persona collettiva esso rappresenti. Che poi lo Stato debba trovarsi nella necessità di far prevalere la volontà propria su quella dei singoli suoi sudditi in un numero maggiore di casi che non sulla volontà dei legislatori stranieri, in quanto si riferisca ai diritti degli stranieri ed alla loro azione giuridica, è pur chiaro quando si consideri la necessaria distinzione del rapporto dello Stato colla società che gli appartiene, dal rapporto intercedente fra lo Stato e gli altri Stati viventi con quello nella società internazionale.

È evidente che un italiano non potrebbe, quantunque volesse diversamente, maritarsi prima dei 18 anni, nè maritarsi malgrado il divieto dei genitori prima dei 25, perchè lo esclude l'ordine pubblico dello Stato cui appartiene; è evidente che nè italiani nè stranieri potrebbero essere costretti alla prigione domestica in Italia perchè lo vieta l'ordine pubblico vigente in questo Stato. Ma è del pari evidente che l'ordine pubblico italiano non resta punto offeso se uno straniero vi si marita a 16 anni; e se la legge italiana lo impone ciò dipende da una di quelle deviazioni prima accennate (1), per le quali si confondono le ragioni dell'ordine pubblico interno con quelle dell'ordine pubblico internazionale.

Quando, dice il Bustamante (2), « quando il precetto di una regola giuridica può sostituirsi con un altro precetto, senza che abbia a soffrirne offesa, nè la società civile nelle sue esigenze, nè la società politica nelle sue necessità, può affermarsi con certezza che quel precetto forma parte del diritto suppletorio ed appartiene all'ordine privato. Se modificandosi la regola derivante da un tale precetto per opera dei sudditi, si manifesta un pregiudizio od una lesione per le persone che costituiscono la società, o per la sua coesistenza civile, si tratterà

(1) Cod. civ., art. 102, 2° capov.; vedi pag. 342-344.
(2) L. c., pag. 89-91.

di una regola di ordine pubblico interno. Se invece l'osservanza di una data norma è così essenziale per uno Stato da far sì che il suo ordine giuridico resti turbato anche se gli stranieri potessero nel territorio sottrarsi alla sua osservanza, allora si ha un precetto di ordine pubblico internazionale ». La distinzione di ordine pubblico nazionale ed internazionale corrisponde dunque alla distinzione dei due ordini di volontà (dei singoli sudditi di uno Stato e dei legislatori degli altri Stati) sui quali deve a vicenda prevalere in modo assoluto la volontà e la legge del primo Stato (1).

305. — Contro questa distinzione dei due ordini pubblici, cioè delle due gradazioni del limite di ordine pubblico, si sono sollevate da più parti vigorose obbiezioni, dalle quali non parmi però che la distinzione del Brocher sia risultata confutata od indebolita. Il Boissarie ammette la distinzione, ma d'un lato limita troppo il campo delle regole di ordine pubblico internazionale (2) riducendolo alle regole di diritto pubblico ed a quelle dirette alla garanzia dei terzi, dall'altro cade nella terminologia in qualche confusione che importa di evitare, laddove (3) istituisce una specie di parallelismo fra la distinzione d'ordine pubblico interno e internazionale, e quella d'ordine pubblico nazionale ed universale.

Tanto l'ordine pubblico interno quanto quello internazionale, sono nazionali nel senso che la loro esistenza dipende dalla esistenza di ciascun singolo Stato e la loro rispettiva estensione in ciascun territorio dipende dalla rispettiva volontà sovrana. Nè l'uno nè l'altro è universale nel senso che estenda di propria autorità la propria efficacia limitatrice e oltre i limiti del territorio rispettivo di ciascuno Stato ed oltre la cerchia dei rapporti giuridici che ne dipendono. Sicchè può dirsi che lo studio del Boissarie, pregevole in taluna delle sue parti, si risolva ad essere eccessivo nella sua parte critica e negativa, e nella sua parte costruttiva piuttosto deficiente.

E del pari insufficiente mi pare il ragionamento del Pillet laddove si propone di negare la distinzione dei due ordini pubblici e di sostenere l'assoluta unità dell'ordine pubblico. « Ogni sovrano (4),

(1) Cfr. Laghi, v. sopra, pag. 268; Despagnet, pag. 222; Brusa ap. Bustamante, pag. 97; Olivi, *Rev. de dr. int.*, 1885, pag. 57; Weiss, l. c.; Lainé ap. Boissarie, pag. 149.

(2) Boissarie, l. c., pag. 228 e segg.

(3) Boissarie, pag. 152 e segg.

(4) Pillet, l. c., pag. 38-40.

scrive egli, è onnipotente nel proprio territorio e destituito d'autorità oltre il confine del proprio Stato, sicchè quando il giudice dovrà decidere se l'applicazione di una legge straniera presenti, da tale punto di vista, qualche pericolo, sarà obbligato a considerare sempre l'ordine pubblico del suo paese, e mai quello di un paese straniero ».

Anche nei rapporti d'ordine internazionale dunque, l'ordine pubblico è sempre essenzialmente nazionale quanto alla sua concreta obbligatorietà, e perciò pare al Pillet che a torto si voglia parlare di un ordine pubblico internazionale. « Le leggi di ordine pubblico, continua egli, ed il loro contenuto variano da paese a paese; presentano qualche maggiore analogia fra nazioni uscite dalla stessa civiltà; ma ciò non toglie che manchi e che sia per mancare anche in avvenire un ordine pubblico internazionale, a meno che un giorno una autorità superiore non sia costituita colla missione di assicurare, nei rapporti fra i diversi popoli, l'applicazione del diritto internazionale ».

Tali obbiezioni del Pillet non si riducono, come parrebbe, ad una di quelle che il Bustamante chiama *cuestiones de palabras*, poichè, dietro la questione di parole, si nasconde un equivoco circa i concetti che quelle parole rappresentano. Il Brocher e coloro che ripetono la di lui distinzione, distinguono l'ordine pubblico interno da quello internazionale, ma non intendono già (1) per *ordine pubblico internazionale* un ordine pubblico universale o comunque vigente in modo obbligatorio ed assoluto in più d'un territorio, a quella stessa guisa che il Savigny non intendeva che la *comunità di diritto* da lui invocata nei rapporti di diritto internazionale privato dovesse significare *diritto privato uniforme* (2). Anche secondo il Brocher e secondo quelli che riproducono la distinzione di lui, il limite di ordine pubblico è sempre nazionale in quanto al territorio nel quale singolarmente e rispettivamente è vigente ed assolutamente obbligatorio, ed in quanto alla volontà sovrana dal quale deriva come comando o come inibizione. La distinzione di ordine pubblico interno e di ordine pubblico internazionale, non si riferisce dunque alla territorialità od estraterritorialità del comando e dell'inibizione che ne deriva, ma alla nazionalità od estraneità degli individui e dei rapporti giuridici, ed alla volontà individuale o legislativa in confronto coi quali l'uno e l'altro son fatti valere nei limiti del territorio. La distinzione fra

(1) V. sopra, pag. 317, 318, 331, 336, 337, 342, 359, 360.
(2) V. pag. 99 e 100.

ordine pubblico interno ed internazionale, non deriva dall'essere l'uno particolare ad un territorio e l'altro comune a più Stati od universalmente vigente in tutti, ma dall'esplicare la propria rispettiva azione di comando o di inibizione in ciascun singolo territorio cui sono egualmente e singolarmente peculiari, l'uno in confronto dei soli sudditi e l'altro anche in confronto dei forestieri e delle leggi straniere.

In questo senso, quando son stranieri gli individui cui si impone un determinato comando nel territorio, o quando è straniera la legge cui si vieta di produrre nel territorio i proprii effetti, l'eccezione all'autonomia di quelli e alla autorità di questa è detta di ordine pubblico internazionale. Internazionale dunque per la materia cui si applica e non per l'orbita territoriale della sua applicazione, tale ordine pubblico costituisce una categoria giuridica del tutto diversa da quella che il Pillet si è adoperato a dimostrare insussistente. E tanto è necessario distinguere le leggi di ordine pubblico interno da quelle di ordine pubblico internazionale, che lo stesso Pillet ricostituisce poi in parte la prima categoria sotto il nome di leggi di protezione (1), cioè di disposizioni importanti a favore dei sudditi una protezione cui non sia loro consentito di rinunciare a propria discrezione.

Il Pillet attribuisce la distinzione, secondo il suo giudizio, erronea, dei due ordini pubblici, alla confusione delle disposizioni di ordine pubblico con quelle di protezione. Con maggior diritto si potrebbe dire che l'enunciazione di questa categoria delle leggi di protezione, assolute nei riguardi dei sudditi di ciascuno Stato, è resa necessaria dall'aver trascurata ed abbandonata la distinzione dell'ordine pubblico interno e di quello internazionale. Nel primo si comprendono anche le leggi di protezione; mentre queste non bastano per colmare la lacuna che resta negando la categoria delle leggi di ordine pubblico interno. E quando pur bastasse a colmarla, allora si tornerebbe con altro nome alla distinzione riprovata e si sarebbe fatta davvero *una cuestion de palabras*.

306. — Il precetto d'ordine pubblico può assumere, come qualunque altra legge, forma imperativa o proibitiva, sia annullando nel territorio una espressione di volontà individuale o un comando di legge straniera, sia imponendo una norma cui tutti debbano assoggettarsi, o riconoscendo un istituto di cui tutti possano fruire. Però se

(1) Pillet, l. c., pag. 27-34.

è esatto il designare tali norme come assolute, non sarebbe altrettanto esatto il volerle definire come proibitive o come imperative, o distinguerle secondo tali caratteri rispettivi in due diverse categorie. Tutte le regole di ordine pubblico hanno un elemento affermativo in quanto importano la prevalenza del diritto locale sulle volontà individuali e sul diritto straniero, ed hanno un elemento negativo in quanto importano la esclusione di una norma di diritto straniero dall'applicazione nel territorio. Ma quei due elementi non si possono scindere; e volendo scinderli si correrebbe il rischio di cadere in quelle distinzioni verbali anticamente rimproverate alle prime definizioni dello statuto personale (1). Anzi non è neppure esatto il negare che una legge permissiva, e non imperativa o proibitiva, non possa essere di ordine pubblico (2). Poichè non è impossibile che interessi all'ordine dello Stato non solo che un atto si debba fare, o debba essere omesso, ma altresì che agli stranieri sia consentito di approfittare d'un istituto giuridico esistente nello Stato (3).

Dal disaccordo dei legislatori nel concepire i supremi diritti dello Stato e nell'organizzarne la tutela, deriva la varietà dei limiti di ordine pubblico nei diversi paesi, varietà così nell'indirizzo e nel contenuto come nella estensione, ma il carattere assoluto, proibitivo e precettivo ad un tempo, resta comune dovunque alle regole che a quel limite si ispirano e si riferiscono.

Da tale carattere assoluto deriva la conseguenza che la eccezione relativa all'impedimento di ordine pubblico possa essere opposta in qualunque stadio della procedura ed in qualunque grado di giurisdizione. Ciò perchè le parti non possono aver fatto rinuncia, nemmeno implicitamente, ad una eccezione che non si riferisce ai loro diritti, ma a quelli dello Stato, e che non è pertanto abbandonata alla loro discrezione. Per la stessa ragione è naturale che, in contestazioni relative ai diritti privati, nelle quali si tratti di applicare alla decisione del litigio o comunque al regolamento del rapporto giuridico, una regola di diritto internazionale privato vigente nel territorio, non chi invoca l'applicazione di tale regola debba provare che vi manchi, ma la controparte debba eventualmente provare che vi esista nel caso particolare un impedimento di ordine pubblico. Quando invece si

(1) V. vol. I, pag. 338-340, e n^a 5.
(2) Despagnet, *L'ordre public* (*Journal* cit., 1889, pag. 214, 215).
(3) V. sopra, pag. 252 e 253.

trattasse di invocare l'autorità dello Stato per effettuare atti positivi e coattivi nel territorio, allora chi tale cooperazione attiva richieda, dovrà provare che quanto egli vuole coattivamente ottenere non sia contrario all'ordine pubblico dello Stato. È pertanto giusto imporre questa condizione, come ha fatto la nostra legge di procedura, alla esecutorietà delle sentenze straniere.

Tali disposizioni di ordine pubblico sono normalmente obbligatorie in modo assoluto in tutto il territorio e soltanto nei limiti del territorio. È opportuno enunciare che sono tali *normalmente*, per non trascurare quei casi eccezionali nei quali leggi di ordine pubblico e limiti da queste derivanti, o non si possono far valere nei limiti del territorio, od assumono invece una certa espansione di efficacia estraterritoriale. Il primo caso si verifica nei rapporti dei sovrani o capi di uno Stato o dei rappresentanti diplomatici agenti all'estero, in quelli relativi alle navi da guerra di un paese che siano ancorate o transitanti nelle acque territoriali di un altro, ed infine in quelli di una truppa che attraversi od occupi transitoriamente, anche in tempo di pace, un territorio straniero. Il secondo caso, quello cioè d'una certa estraterritorialità di efficacia del limite di ordine pubblico, si verifica quando uno Stato resti offeso nella sua integrità sovrana da atti compiuti, anche da stranieri, fuori del suo territorio: per esempio quando da stranieri si falsifichi, anche all'estero, la moneta dello Stato, nel qual caso tutte le penalità, e tutte le nullità civili che colpiscono gli atti e contratti relativi a quella illecita fabbricazione, si farebbero giustamente valere nel territorio dello Stato, anche in relazione a quegli atti e contratti compiuti all'estero, quantunque, secondo le regole normali di diritto internazionale privato, gli uni e gli altri dovessero sfuggire completamente alla sua competenza.

307. — Ammesso così, con tali riserve, il carattere assolutamente territoriale che ha di regola il limite di ordine pubblico, resta a determinare il criterio di intensità e di espansione di questa sua assoluta autorità inibitoria. Deve essere vietata, quando l'ordine pubblico lo imponga, soltanto l'applicazione nel territorio dello Stato di una legge straniera; oppure, quando tale legge sia in antinomia coll'ordine pubblico dello Stato, anche le conseguenze della stessa legge, già applicata nel suo territorio dall'autorità competente, dovranno escludersi dal territorio dello Stato? Il Brocher (1) distin-

(1) Brocher, cfr. sopra, pag. 340-344 e 350, 351.

gueva il permettere che si formi nel territorio un rapporto che si riprova, dal tollerarne le conseguenze, e fra queste ultime distingueva le essenziali e le secondarie, e quelle per sè offensive dell'ordine pubblico, da quelle che non abbiano tale conseguenza. Quest'ultima distinzione è condotta al suo giusto grado di analisi dal Fedozzi (1), concludendo che si debbano vietare od ammettere le conseguenze di una legge straniera contraria all'ordine pubblico dello Stato, secondo che il fine sociale di quella legge, e rispettivamente della legge nostra contraria a quella, si manifesti o no anche relativamente alle sue conseguenze.

In tale distinzione, analoga a quella del Pillet (2), si comprende e si completa anche l'altra fatta dal Fiore fra le leggi ordinate a creare o ad abolire certi istituti giuridici e quelle che dànno un migliore assetto e sviluppo ad istituti giuridici già esistenti, e determinano le condizioni giuridiche per l'acquisto, il godimento e l'esercizio dei diritti cui si riferiscono (3).

Quel criterio di distinzione è poi, quanto alla scelta delle conseguenze ammissibili di una legge straniera, non applicabile direttamente nel territorio, collegato dal Despagnet con un'altra distinzione fra varie categorie di leggi di ordine pubblico (4).

Queste egli distingue in *assolute* e *relative:* le prime che salvaguardano un principio necessario dal punto di vista universale della convivenza giuridica fra gli uomini e della esistenza ordinata degli Stati; le altre che salvaguardano un principio ritenuto indispensabile da uno Stato per sè particolarmente, in ragione delle condizioni particolari della sua convivenza.

Le prime possono poi alla loro volta suddividersi in due gruppi: quelle che sono considerate dal legislatore come universalmente necessarie e tali sono infatti riconosciute dai legislatori degli Stati appartenenti alla medesima orbita di civiltà e quelle che lo Stato considera indispensabili da un punto di vista generale ed umano, ma senza trovare in ciò il consenso di tutti gli altri legislatori.

La legge che proibisce la poligamia e quella che punisce l'incesto, sono obbiettivamente e subbiettivamente assolute.

(1) Cfr. Fedozzi, v. sopra, pag. 272-274.
(2) Pillet, l. c., pag. 48, 49 e 68-82.
(3) Fiore, v. sopra, pag. 263.
(4) Despagnet, *Précis*, pag. 223, 224, e *L'ordre public* ecc. (*Journal* cit., 1889, pag. 215-221).

La legge che vieta il divorzio è subbiettivamente assoluta, ma non è tale obbiettivamente.

La legge che vieta l'usura è relativa obbiettivamente e subbiettivamente.

Da tale distinzione deriva un indirizzo circa l'esclusione dal territorio, oltrechè dell'applicazione d'una legge straniera, anche delle conseguenze di quella legge già applicata nel rispettivo territorio.

Le leggi straniere che offendono una legge interna relativa d'ordine pubblico, non saranno direttamente applicate, ma saranno riconosciute le conseguenze dell'applicazione già fattane nel rispettivo territorio, dove sono in vigore. Le conseguenze delle leggi straniere che offendono una legge interna della seconda categoria saranno talora ammesse; per esempio il matrimonio del divorziato straniero, e la filiazione riconosciuta giudizialmente all'estero ammessa a far valere i suoi effetti anche dove non si ammetta la ricerca della paternità.

Invece le leggi d'ordine pubblico della prima categoria non consentiranno mai verun riconoscimento all'applicazione di leggi straniere che le offendano, nemmeno se quell'applicazione fosse già seguita nel territorio rispettivo; ad esempio la validità della poligamia o della schiavitù.

Il difetto di quest'analisi del Despagnet si manifesta praticamente nella distinzione dei due ordini pubblici assoluti: quello che è tale tanto subbiettivamente quanto obbiettivamente e quello che è tale soltanto nel primo senso della parola. Poichè, per distinguere l'uno dall'altro, ed assimilare in parte questo secondo all'ordine pubblico relativo, non solo è necessaria una indagine comparata spinta dal giudice molto più in là dei limiti della patria e della sua legislazione, ma è necessario altresì che il giudice arrivi al risultato di giudicare il legislatore del proprio paese.

Infatti il magistrato dovrebbe concludere in tali casi ritenendo che le norme volute dal legislatore come assolute e credute tali, tali invece non sono nel senso di escludere dal territorio ogni effetto contrario di leggi straniere. E nel far ciò il giudice non si limiterebbe più, come pur vuole il Despagnet (1), a far valere il comando del legislatore secondo il pensiero di questo fedelmente interpretato, ma trascenderebbe a voler determinare con criterii in gran parte

(1) *Journal* cit., l. c., pag. 19 e 20.

estrinseci a quella volontà, fino a qual punto l'espressione debba ritenersene e l'applicazione farsene in modo del tutto assoluto nel territorio.

Il criterio del Fedozzi pare più semplice e non tale da provocare quelle incertezze che si avrebbero nella determinazione delle due categorie d'ordine pubblico assoluto. Seguendo quel criterio, apparisce evidentemente eccessivo il non ammettere, nel territorio di uno Stato riprovante il divorzio, il matrimonio di uno straniero divorziato legalmente all'estero. Ed il divieto pare eccessivo in tal caso, perchè è il fatto del divorzio e non lo stato libero del divorziato che è contrario all'ordine pubblico. E sarebbe del pari eccessivo il negare in uno Stato efficacia alla filiazione naturale risultante da ricerca di paternità compiuta all'estero, perchè la ricerca della paternità è contraria all'ordine pubblico di quello Stato, ma tale ordine pubblico non può essere turbato perchè nel territorio si riconoscano le conseguenze di un rapporto familiare, comunque questo sia stato altrove provato. Invece alle incapacità derivanti esclusivamente da motivi di razza e di fede, come, per esempio, alla nullità del matrimonio fra persone di diverso colore sancita da talune leggi americane, la persona colpita potrebbe far eccezione nel nostro paese perchè la conseguenza stessa offende l'ordine pubblico di un paese nel quale tutti sono proclamati uguali dinanzi alla legge.

In tale rapporto il Boissarie (1) pecca per una distinzione altrettanto inadeguata quanto la enumerazione fatta da lui dei limiti di ordine pubblico (2). Quando i tribunali di un paese partecipano attivamente all'applicazione di una legge straniera, egli ammette che questa trovi un impedimento nei limiti del diritto pubblico e dell'ordine pubblico territoriale; ma quando si tratta di riconoscere senz'altro le conseguenze di una legge straniera, egli sostiene che questa non debba subire veruna limitazione in nome dell'ordine pubblico. Questo, a di lui avviso, non resta punto offeso, se si riconosce nel territorio la situazione acquisita dallo straniero, perchè trattasi di avvenimenti compiuti oltre la frontiera e perchè gli effetti se ne producono su stranieri. E ciò anche se si tratti di incapacità speciali, anche se queste siano state pronunciate da giurisdizioni speciali ammesse dalla legge nazionale; arrivando anche a riconoscere come efficace la proi-

(1) Boissarie, l. c., pag. 172-203.
(2) V. sopra, pag. 388.

bizione del matrimonio fra bianchi e colorati. È la soluzione che ho già criticata parlando del Cimbali (1).

Anche il Boissarie confonde i concetti di ordine pubblico nazionale ed internazionale che ha cercato di determinare (2); e li confonde con un ordine pubblico universale che nel diritto positivo non esiste, e dalla nazionalità delle regole di ordine pubblico relative allo stato della persona, vuol derivare un argomento per riconoscere integralmente le conseguenze dello stato delle persone straniere come risulta dalla legge e dalle sentenze del paese cui appartengono le persone di cui si tratta. E poichè egli deve pur cedere all'evidenza che talune conseguenze di una legge straniera possono importare offesa per l'ordine pubblico dello Stato, arriva, non volendo sacrificare per ciò la propria definizione simmetrica, ad una contraddizione: quella cioè di considerare nulli gli atti compiuti in Francia da uno straniero che la legge d'origine colpisca d'una incapacità speciale per motivi di fede e di razza, e nel tempo stesso, d'accordare a quelli stessi stranieri quei diritti che si dicono pubblici: come sarebbero l'inviolabilità del domicilio, il domicilio autorizzato, colle conseguenze che ne derivano quanto all'espulsione ed all'esercizio dell'attività economica. Tale straniero dunque, dopo essere stato autorizzato a stabilire il domicilio, sarebbe in condizione migliore e prima in condizione eguale a quella di tutti gli altri stranieri, mentre continuerebbe ad essere inferiore a loro per queste incapacità speciali, le quali, appunto perchè sono speciali ed odiose e non formano parte dello statuto personale di tutti i sudditi di quel paese, dovrebbero cedere alle stesse ragioni che giustificano il godimento dei diritti pubblici esteso a coloro che ne sono colpiti.

Il vero è che quelle conseguenze di uno statuto personale speciale devono perdere efficacia nel territorio degli altri Stati, come tutte le altre conseguenze di una legge straniera, quando il fatto che ammettendole si effettuerebbe o si impedirebbe, importi, nell'un caso e nell'altro, un turbamento dell'ordine stabilito nello Stato. Tanto poi per opporre il limite di ordine pubblico all'applicazione della legge straniera, quanto per farlo valere in confronto delle conseguenze della stessa legge già applicata nel rispettivo territorio, è necessario distinguere i casi di esplicita disposizione da parte del legislatore

(1) V. sopra, pag. 247-250.
(2) V. sopra, pag. 402.

territoriale, da quelli nei quali lo stesso legislatore abbia serbato silenzio o siasi espresso in modo ambiguo circa l'indole e la efficacia del suo comando. Nel primo caso il giudice non deve se non che obbedire ed applicare la legge, quantunque l'applicazione ne apparisca eccessiva in rapporto col fine che deve aver avuto il legislatore; nel secondo si dovrà sceverare, dal senso e dalla portata della disposizione, dal confronto colle disposizioni analoghe e dall'applicazione delle regole comuni di interpretazione, dai principii fondamentali e dalle tendenze prevalenti nell'ordinamento dello Stato, l'indole del comando e la intensità della sua applicazione. E pertanto, se il legislatore proibisce il divorzio e vieta espressamente il matrimonio nel territorio anche ai divorziati stranieri, la di lui disposizione sarà eccessiva, ma gli ufficiali pubblici dovranno applicarla e la sola conseguenza di quella eccessività potrà essere qualche misura di ritorsione adottata in altri territorii. Se invece il legislatore si limita a proibire il divorzio, l'ufficiale pubblico non potrà opporre allo straniero la sua qualità di divorziato per impedirgli di contrarre matrimonio nel territorio, perchè così facendo eccederebbe i limiti della tutela dell'ordine pubblico e la finalità della legge che presumerebbe di applicare.

In tale interpretazione della finalità di una legge nel silenzio del legislatore sono inevitabili quelle oscillazioni che si manifestano in tutto il diritto pubblico dello Stato e nello sviluppo della sua giurisprudenza; poichè dalle accidentalità di esistenza dello Stato e dalle vicende della sua vita morale ed economica, dipenderà fino ad un certo punto che una sua disposizione legislativa acquisti o perda il carattere di legge di ordine pubblico.

308. — Il Pillet giustamente nota ed enumera gli effetti riflessi dell'ordine pubblico (1). Tale effetto riflesso si riduce, in altre parole, a quello già notato dal Brocher (2) quando diceva che l'ordine pubblico diventa un elemento del rapporto giuridico da esso modificato. Una volta fatto valere in un territorio l'impero dell'ordine pubblico e modificato con questo un rapporto di diritto od una sua conseguenza, quel limite d'ordine pubblico avrà, oltre all'efficacia territoriale, anche un'efficacia estraterritoriale o riflessa, nel senso che quel rapporto giuridico sarà poi riconosciuto così modificato, anche negli

(1) Pillet, l. c., pag. 82-89.
(2) V. sopra, pag. 330.

altri territorii, compreso quello cui appartiene la persona cui lo stesso rapporto si riferisce o dove ha avuto origine. E ciò si giustifica colla medesima ragione che giustifica il limite stesso di ordine pubblico, poichè, in tale materia, ciascuno Stato deve riconoscere agli altri nel loro territorio diritti eguali a quelli che pretende esercitare nel proprio. Le decisioni pertanto, siano legali o giudiziarie, prese in uno Stato in nome dell'ordine pubblico, devono essere rispettate in tutti gli altri Stati, i quali considereranno regolare e valido un diritto se si dimostri che sia stato acquistato all'estero in conformità con una legge di ordine pubblico, e al contrario lo considereranno nullo se si pretenda acquistato in opposizione al principio della territorialità delle leggi di tale specie.

Però l'effetto riflesso delle leggi di ordine pubblico non può farsi valere in un territorio se non quando esso non vi contrasti coll'effetto diretto delle leggi assolutamente territoriali. La naturalizzazione ottenuta all'estero da un nazionale sarà riconosciuta come valida nel paese d'origine, e molte leggi dànno espressione al riconoscimento di tale effetto riflesso ammettendo la naturalizzazione ottenuta dai cittadini in altro Stato fra le cause di perdita della nazionalità. Ma la naturalizzazione ottenuta all'estero da un nazionale soggetto al servizio militare, non sarebbe riconosciuta come valida in patria perchè il riconoscimento degli effetti dell'ordine pubblico di altro Stato vi offenderebbe positivamente l'ordine pubblico vigente. Chi abbia ottenuto il divorzio in un territorio, può rimaritarsi in quello d'un altro Stato che riprovi il divorzio; ma se la persona divorziata all'estero è suddita del paese dove vorrebbe rimaritarsi e dove il divorzio è vietato, la sua attitudine a rimaritarsi non vi sarà riconosciuta perchè ne deriverebbe una offesa per l'ordine pubblico territoriale. Nè si potrebbero ammettere le conseguenze della morte civile pronunciata all'estero contro il suddito di uno Stato che non riconosca tale istituto, perchè, riconoscendola, resterebbe offeso l'ordine pubblico internazionale di quello Stato.

L'effetto riflesso delle leggi di ordine pubblico è dunque una loro conseguenza eventuale ma non costante, perchè resta esclusa ogniqualvolta dal suo riconoscimento risulterebbe offeso alla sua volta l'ordine pubblico vigente nel territorio. E tale caso tanto più facilmente si dovrà verificare finchè molti legislatori continueranno ad attribuire arbitrariamente all'ordine pubblico, materie e disposizioni che spetterebbero a diversa categoria. Così è evidente che la deter-

minazione della competenza dei magistrati deve ascriversi, come l'ordinamento giudiziario, alla categoria dell'ordine pubblico; e pertanto una sentenza straniera si riterrà pronunciata dal giudice competente se la competenza di questo era determinata dalla *lex fori*. Ma se, per tutelare l'interesse dei sudditi, un legislatore impone agli stranieri una competenza eccezionale dei proprii giudici, come quella determinata dall'articolo 14 del Codice civile francese, allora non potrà più verificarsi negli altri territorii l'effetto riflesso di quella disposizione di ordine pubblico, perchè ne resterebbe direttamente offeso l'ordine pubblico vigente nel paese dove dovesse poi domandarsi l'esecuzione della sentenza. L'effetto riflesso delle leggi d'ordine pubblico si verifica dunque, ma soltanto nei rapporti fra gli Stati che ne abbiano un concetto analogo ed egualmente estensivo, e rispetto alle leggi che l'uno e l'altro siano concordi nell'ascrivere egualmente all'ordine pubblico. Se tale accordo esiste, si verifica l'effetto indiretto o riflesso delle leggi d'ordine pubblico; se non esiste, si manifestano nella condotta reciproca degli Stati l'isolamento e la ritorsione. Sicchè si può ritenere che l'effetto riflesso sia una manifestazione estraterritoriale delle leggi di ordine pubblico, limitata ai paesi che siano tacitamente concordi in un concetto di ordine pubblico universale compreso nel senso voluto dal Boissarie (1).

Nella più o meno larga ammissione degli effetti riflessi dell'ordine pubblico, si può poi trovar anche un'indizio della maggiore o minore conformità delle singole leggi e giurisprudenze col concetto giuridico e razionale, oppure col concetto politico ed arbitrario del limite di ordine pubblico. Soltanto quando tale armonia esista fra più Stati circa i supremi diritti rispettivi e circa il concetto e i limiti dell'ordine pubblico, può manifestarsi praticamente vero nei loro rapporti il principio formulato dal Pillet (2), che: « ciascuno Stato deve considerare come regolari e valide le decisioni rese all'estero per applicazione del principio della territorialità delle leggi d'ordine pubblico ».

E lo stesso effetto riflesso che deve derivare in tali casi dalla legge di ordine pubblico, dovrà derivare anche dal suo carattere di retroattività. Se cioè si ritiene legittima nelle sue conseguenze l'applicazione fatta all'estero di una legge di ordine pubblico, la si riterrà tale,

(1) Boissarie, l. c., pag. 136 e segg.
(2) L. c., pag. 67, 68.

tanto in ragione della materia a cui si applica, che si ritiene non sottratta al limite di ordine pubblico, quanto in relazione all'attualità della norma di ordine pubblico applicata, senza che si possa dedurre dall'anteriorità di un rapporto di diritto alla legge competente d'ordine pubblico che lo modifica o che lo limita, un diritto acquisito che possa giustificare una eccezione all'effetto riflesso della sua applicazione.

309. — Tanto la distinzione fra l'applicazione delle leggi straniere e il riconoscimento delle loro conseguenze, quanto il criterio di ammissione o di negazione dell'effetto riflesso delle leggi di ordine pubblico, possono, secondo il Bustamante, attingere chiarezza d'indirizzo dalla distinzione fatta da lui (1) fra l'efficacia restringente ed espansiva delle leggi d'ordine pubblico. Taluni dei precetti d'ordine pubblico non hanno infatti per sè alcuna efficacia estraterritoriale; per esempio, le regole relative alla trasmissione degli immobili, alla istruzione obbligatoria, alla inviolabilità del domicilio e della corrispondenza; tutte norme il cui effetto è detto dal Bustamante *restringente*, perchè la loro osservanza non si potrebbe imporre all'estero, seguendovi, coloro che fossero incorsi nelle loro sanzioni, come avviene, per esempio, della legge penale che non perde la sua efficacia perchè il reo passi in altro territorio, o dell'ordinamento della competenza dei tribunali, delle leggi contro la pirateria e della regola *locus regit actum*.

Ora, dice il Bustamante, quando uno Stato limita la propria competenza assoluta al territorio in determinate materie, riconosce l'autorità corrispondente degli altri Stati; nel senso di ritenere nulli o punibili certi rapporti che sorgessero nel suo territorio, ma di ammettere la validità di tali rapporti costituiti in altri Stati; il che accade per esempio, nel nostro diritto, per la ricerca della paternità. Se invece trattasi di una regola d'ordine pubblico che abbia efficacia espansiva, come sarebbe l'ordinamento della giurisdizione e della competenza, quella regola estenderà la propria efficacia anche agli atti non corrispondenti alla medesima effettuatisi all'estero, formando una causa di eccezione all'esecutorietà delle sentenze straniere pronunciate da autorità che non siano competenti, secondo quelle norme.

Tale distinzione può servire anche nella ricerca dell'ammissibilità

(1) L. c., pag. 138-151.

o non ammissibilità nel territorio delle conseguenze di un fatto proibito, verificatosi all'estero. Quando quel fatto, accaduto all'estero, sia in opposizione ad una legge di ordine pubblico vigente nel territorio, ma tale legge sia di quelle che riducono ai soli limiti del territorio la propria sfera di azione, in tal caso si potranno ammettere nel territorio stesso le conseguenze di quei fatti od istituti che, pur effettuati od applicati in quello, vi sarebbero caduti sotto le sanzioni dell'ordine pubblico internazionale. Se al contrario si trattasse di una di quelle leggi d'ordine pubblico che trascendono colla propria efficacia la frontiera e non riconoscono limiti territoriali, ogni conseguenza dovrebbe seguire la sorte del rapporto giuridico da cui dipende, perchè ad entrambe si opporrebbero le esigenze dell'ordine pubblico internazionale.

Tale distinzione del Bustamante è certo molto ingegnosa, ma non mi pare che illumini o semplifichi molto la dottrina dell'ordine pubblico e le sue applicazioni (1). Essenziali in tale dottrina sono i seguenti principii.

La legittimità generica del limite d'ordine pubblico deriva dal riconoscimento reciproco degli Stati e dal loro diritto di conservazione; lo specifico riconoscimento reciproco dei limiti di ordine pubblico, imposti concretamente nei singoli Stati all'applicazione delle leggi ed al riconoscimento degli istituti giuridici stranieri, dipende dall'esistenza di una certa armonia circa il concetto e l'estensione dei supremi diritti dello Stato cui il limite stesso attinge la propria legittimità; quando tale armonia fondamentale esista si potrà determinare in modo uniforme: d'un lato di quali leggi straniere si debba rifiutare l'applicazione nel territorio, ammettendovi come legittime le conseguenze dell'applicazione già fattane all'estero, e di quali altre si debba escludere così l'applicazione come il riconoscimento delle conseguenze; dall'altro se ed in quali limiti si debbano riconoscere in un territorio gli effetti di una norma d'ordine pubblico vigente ed applicata in un altro.

Quando tale armonia nei concetti fondamentali non esista, tanto la distinzione della legge d'ordine pubblico e delle sue conseguenze, quanto l'ammissione o la condanna dell'effetto riflesso della sua applicazione, dipenderà dal concetto individuale ed arbitrario che ciascuno Stato avrà delle proprie leggi d'ordine pubblico e del limite

(1) Cfr. Despagnet, *L'ordre public* cit., pag. 215, 216.

d'ordine pubblico in genere, cioè anche del carattere restringente od espansivo delle proprie leggi di tale categoria.

La distinzione del Bustamante pertanto, considerata come concetto razionale e come guida alla giurisprudenza, non aumenta la chiarezza di criterii che deriva dallo studio delle norme di ordine pubblico, e da quello delle conseguenze di una legge straniera in relazione colle finalità delle leggi e dell'esistenza stessa di un determinato Stato. Come criterio per l'applicazione del diritto internazionale privato positivo, quella distinzione si riduce ad una petizione di principio, perchè presuppone già determinata, circa l'effetto restringente od espansivo dell'ordine pubblico, un'armonia di criterii che non esiste, ma è invece sostituita dalla singolarità dei criterii arbitrarii ed individuali dei singoli Stati.

310. — Come nella ricerca dell'estensione e della espansività del limite d'ordine pubblico, deve procedersi anche nella ricerca del suo contenuto. Nell'ordinamento attuale della società degli Stati, ciascuno Stato è arbitro d'estendere a proprio arbitrio il limite d'ordine pubblico all'applicazione nel territorio delle leggi straniere ed al riconoscimento degli istituti giuridici forestieri. Ciascuno Stato è del pari il solo arbitro circa il contenuto di quel limite, circa la determinazione e la enumerazione cioè di quelle leggi proprie il cui impero debba intendersi assoluto nel territorio.

Un ordinamento universale dell'ordine pubblico, quale il Boissarie lo vagheggiava e, sotto un certo rispetto, anche lo supponeva esistente, non si è ancora conseguito. Dunque anche per l'indicazione delle leggi che debbano ritenersi di ordine pubblico, è suprema la volontà dello Stato cui quelle leggi appartengano, e quando tale volontà siasi espressa in modo affermativo, le leggi locali in tal guisa designate sono di ordine pubblico nel territorio, quantunque possa avere errato, dal punto di vista dottrinale, lo Stato nell'ascriverle a quella categoria.

Tale osservazione è così evidente e corrispondente alla necessità delle cose e dei rapporti, da potersi ritenere superflua; ma non apparisce più tale praticamente quando si osservi che la confusione, fatta troppo sovente, fra le regole dottrinali e la esposizione del diritto positivo, ha fatto penetrare numerose ambiguità e contraddizioni, in non pochi studii di diritto internazionale privato.

Il contenuto dell'ordine pubblico è dunque anzitutto formato da tutte quelle leggi che uno Stato, nell'indipendenza dell'arbitrio pro-

prio, abbia voluto designare come assolutamente obbligatorie. Ma se il legislatore si limita, come il nostro, nell'art. 12 del titolo preliminare, quasi esclusivamente (1) ad enunciare con una formula generale il limite dell'ordine pubblico, sarà necessario indagare a quali leggi ed a quali istituti quel limite si riferisca. Tale indagine si dovrà pur fare anche quando manchi nel diritto scritto dello Stato qualunque formula, anche generica, relativa al limite stesso. Infatti la integrità della persona dello Stato e della sua costituzione giuridica ed il carattere assoluto delle sue peculiari finalità, si impongono di per sè anche se la legge espressamente non ne sancisca il rispetto, a quella stessa guisa che lo Stato avrebbe diritto di impedire e di reprimere una violazione di confini, anche se la inviolabilità del territorio non fosse espressamente garantita da un articolo della Costituzione. In tali casi di silenzio completo o di disposizione generica del legislatore, quali leggi dovranno intendersi pertinenti alla categoria dell'ordine pubblico, e, secondo l'indole e l'obbietto del loro comando, imperative o negative, in modo assoluto per tutti, nel territorio dello Stato?

Le leggi che sembrano estranee più completamente di tutte a tale categoria sono quelle di ordine privato, le quali, appunto perchè tali, appariscono in perfetta antitesi con quelle di ordine pubblico. Da quelle però devono distinguersi, sotto tale rapporto, le regole di diritto internazionale privato vigenti nel territorio, le quali, benchè d'indole privata, per la specie dei rapporti cui si riferiscono, non possono dirsi d'ordine privato quanto all'indole loro ed alla loro efficacia come comando (2).

La pertinenza di tali regole all'ordine pubblico, risulta evidente dall'esame dell'indole giuridica del sistema di diritto internazionale privato. L'oggetto immediato di quelle regole è un complesso di rapporti privati fra individui, ma il loro oggetto mediato è un vero rapporto internazionale, il rapporto cioè fra gli Stati e i rispettivi legislatori rappresentati dalle rispettive leggi civili. Perciò il diritto internazionale privato in genere, non forma un sistema di norme distinto dal diritto internazionale pubblico; ma l'uno e l'altro del pari sono parti di un medesimo ed unico diritto internazionale, regolante la connivenza giuridica degli Stati nella società internazionale. Quando uno Stato abbia adottato certe regole di diritto internazionale privato,

(1) V. articoli 101-103 cod. civile.
(2) V. Introduzione, vol. I, pag. 5.

come precetti del proprio diritto positivo, non ha soltanto agito potenzialmente sui proprii sudditi agenti all'estero e sugli stranieri eventualmente agenti nel territorio, ma ha stabilito altresì quale grado di espansività debbano avere certi comandi proprii relativi al diritto delle persone e dei rapporti anche nel territorio degli altri Stati, e quale grado di efficacia debba reciprocamente consentirsi nel proprio territorio ai comandi analoghi degli altri legislatori. Tali regole di diritto internazionale privato non sono l'espressione di una pretesa speciale d'uno Stato verso altri Stati determinati, nè una peculiare concessione fatta nel territorio del primo a favore di taluni Stati, ma sono a vicenda pretese e concessioni affermate da quello in rapporto con tutti gli altri Stati. Il legislatore che formula una regola di diritto internazionale privato, agisce uniformemente in confronto con tutta la società degli Stati, ed enuncia pertanto una regola ed istituisce un rapporto che, quantunque privata ne sia la materia e l'incidenza, è per l'indole e la finalità propria un vero rapporto di diritto internazionale.

Per tale motivo quelle regole appartengono, nonostante la loro apparenza privata, al diritto pubblico, e devono intendersi di ordine pubblico nel senso del divieto che oppongono ad ogni applicazione di regole diverse nel territorio. La loro obbligatorietà uniforme e la loro applicazione uniforme a tutti gli stranieri, è una conseguenza della *unicità* del diritto assoluto di ciascun paese, il quale, se la sovranità rispettiva non v'abbia espressamente derogato con particolari convenzioni, quando afferma un principio di diritto internazionale, lo afferma in relazione a tutti nel proprio territorio, e vieta implicitamente con tale affermazione, ogni efficacia, nel territorio stesso, di una regola diversa. Per tale loro indole dunque le regole di diritto internazionale privato adottate in un paese, devono esservi applicate uniformemente ed assolutamente in confronto di tutti gli stranieri, a qualunque Stato questi appartengano.

E tale assoluto loro impero deve esplicarsi in modo così affermativo come negativo, in confronto d'ogni regola di diritto internazionale privato straniero, che sia disforme dalla corrispondente regola di diritto internazionale privato territoriale, e della quale si voglia invocare l'efficacia e l'applicazione nel territorio. Se nello Stato vale la norma di diritto internazionale privato *locus regit actum*, e un altro Stato determina che i proprii sudditi non possano validamente contrar matrimonio all'estero nella forma civile, cionondimeno due sudditi

di questo secondo Stato, capaci, secondo la legge patria, a contrar matrimonio, dovranno essere considerati come validamente uniti in matrimonio se lo abbiano celebrato nel territorio del primo Stato colla sola forma civile riconosciuta dalla legge territoriale. Ciò perchè la regola *locus regit actum*, adottata nel nostro paese come norma di diritto internazionale privato, è di ordine pubblico ed esclude nel territorio l'effetto di ogni regola contraria di ordine pubblico straniero.

Se invece la regola di diritto internazionale privato adottata in un paese, esclude l'applicazione della legge territoriale dal regolamento di un dato rapporto interessante stranieri od originato all'estero, quell'applicazione non vi potrebbe essere invocata senza offendervi l'ordine pubblico, nemmeno in nome di una regola di diritto internazionale privato vigente in un altro paese che a quell'applicazione della legge territoriale si riferisse. Se la regola di diritto internazionale privato adottata nel nostro paese indicasse come competente a regolare un determinato rapporto giuridico la legge civile di un altro Stato, e la regola di diritto internazionale privato vigente in questo secondo Stato rimandasse, per il regolamento dello stesso rapporto giuridico, ad una legge civile diversa, fosse pur questa anche la legge civile del primo paese, tale rinvio non dovrebbe in questo riconoscersi come ammissibile. E ciò perchè si ridurrebbe all'ammissione dell'effetto riflesso di una norma di ordine pubblico straniero che sarebbe in contraddizione coll'effetto diretto di una norma di ordine pubblico territoriale, quale è quella che, in generale e nei rapporti con tutti i paesi, indica una determinata legge civile, per esempio, la legge nazionale della persona, o la legge del luogo dell'atto, come sola competente a governare un determinato rapporto giuridico. La dottrina del rinvio è così speciosa nei suoi argomenti e così esiziale nei suoi effetti, da non potersene trattare così per incidenza, ma da meritare una particolare disamina (1). Non era però fuor di luogo notare qui come, appunto perchè le regole di diritto internazionale privato sono di ordine pubblico, quella dottrina sia in assoluta contraddizione con quella del carattere assoluto ed uniforme della obbligatorietà delle norme che appartengono a quella categoria, e perciò con uno degli elementi essenziali d'ogni sistema di diritto internazionale privato.

(1) Catellani, *Del conflitto fra norme di diritto intern. privato.* Venezia 1897 (*Atti dell'Istituto Veneto*); Buzzati, *Il rinvio.* Milano, Cogliati, 1898.

311. — Dalla dottrina dell'ordine pubblico, come deriva la confutazione di quella del rinvio, così si possono dedurre i criterii necessari a far giusto giudizio dei cosidetti conflitti di qualificazione. Una questione di diritto internazionale privato si ha quando, dato un rapporto giuridico, si debba scegliere, fra le leggi di più paesi, quella competente a regolarlo. Un conflitto di qualificazione si avrebbe invece quando, pur eliminata ogni incertezza circa la legge competente a regolare determinati rapporti di diritto, sussistesse divergenza fra gli Stati circa la definizione dei medesimi e la loro attribuzione ad una o ad altra categoria di rapporti.

Nel caso di due legislatori, che rispettivamente adottino regole diverse di diritto internazionale privato: l'uno, ad esempio, la legge nazionale e l'altra quella del domicilio per governare lo Stato e la capacità delle persone, si avrà fra i due paesi rispettivi un conflitto di diritto internazionale privato.

Nel caso di due Stati che adottino identiche regole di diritto internazionale privato, ma che diversamente definiscano gli stessi istituti e rapporti giuridici, si avrebbe fra quelli un conflitto di qualificazione che indirettamente farebbe risorgere fra i medesimi il conflitto di diritto internazionale privato, pur voluto d'altronde eliminare. Se due Stati sancissero le identiche regole codificate nel titolo preliminare del nostro Codice civile, parrebbe che dai loro rapporti dovesse esser eliminato ogni conflitto di diritto internazionale privato. Ma se uno di quei due Stati attribuisse, ad esempio, i diritti della vedova alla materia delle successioni, e l'altro al diritto di famiglia, in quanto si riferisce ai rapporti economici fra i coniugi, ne deriverebbe che il medesimo rapporto nell'un paese si giudicherebbe secondo la legge successoria ritenuta più competente; nell'altro secondo il più competente statuto matrimoniale; e il conflitto risorgerebbe per effetto della diversa *qualificazione* attribuita in due Stati al medesimo rapporto. Due Stati possono infatti andar d'accordo nell'adottare queste due regole di diritto internazionale privato: « la successione dei beni mobili ed immobili è regolata dalla legge nazionale del defunto; i rapporti patrimoniali fra coniugi sono retti dalla legge nazionale del marito all'epoca del matrimonio ».

Se due coniugi appartenenti ad uno di quelli Stati non hanno stipulato contratto di matrimonio, ed il marito ha poi abbandonata la nazionalità del primo Stato per naturalizzarsi nell'altro, ogni conflitto relativo ai diritti della vedova sarà eliminato nel caso che in entrambi

gli Stati si attribuiscano quelle pretese della vedova o alla categoria del diritto successorio o a quella del regime matrimoniale dei beni. Ma se la vedova attribuisce i proprii diritti a questo regime e come dipendenze del matrimonio vuol reclamarli e farli valere, ed a tale definizione si attiene pure il diritto vigente nel paese d'origine, mentre nell'altro paese, cui apparteneva il marito al momento della morte, si attribuiscono le pretese della vedova al diritto successorio, allora potrà risorgere in modo insolubile, a titolo di qualificazione, il conflitto fra le due leggi.

La codificazione, identica nei due paesi, della regola di diritto internazionale privato relativa al regime patrimoniale del matrimonio e di quella relativa al diritto successorio, sarà frustrata nella pratica dell'applicazione perchè la stessa pretesa, attribuita in uno dei due paesi alla categoria del diritto matrimoniale, e nell'altro alla categoria del diritto successorio, sarà sottoposta d'un lato, come dipendenza del matrimonio, alla legge nazionale del marito al momento delle nozze, e dall'altro come materia successoria al diritto nazionale del marito al momento della morte.

Su tali conflitti ha richiamata l'attenzione il Bartin con uno studio relativo all'impossibilità di arrivare alla definitiva soppressione dei conflitti di leggi (1). Il Bartin non è stato, come ha mostrato di credere (2), il primo ad osservare tale specie di conflitti; ma è giusto riconoscere che è stato il primo a trattarne di proposito collo scopo di determinare uno dei limiti, a di lui avviso insuperabili, dell'armonia nei rapporti di diritto internazionale privato. Ma comunque sia di ciò, vediamo se i conflitti di qualificazione possano, ed in caso affermativo, se possano per sè soli, turbare l'azione e l'applicazione delle regole di diritto internazionale privato. Il conflitto di qualificazione si manifesta, secondo l'analisi del Bartin, nei casi seguenti:

1. Il giudice di un paese è chiamato a scegliere fra la qualificazione adottata dalla legge straniera e quella adottata dalla legge propria, per poter decidere, dopo quella scelta, quale delle due leggi, dovrà, per applicazione delle regole di diritto internazionale pri-

(1) Bartin, *De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive du conflit des lois* (*Journal de droit intern. privé*, 1897, pag. 225-255, 466-495 e 720-738).

(2) V. Buzzati, *Di una nuova categoria di conflitti di leggi* (*i conflitti di qualificazione*). Napoli-Trani 1899; dalla pubbllicazione pel 50° anno d'insegnamento di Enrico Pessina, pag. 13, nota 2.

vato comuni ad entrambi gli Stati, applicarsi al rapporto in questione. In tale ipotesi il Bartin formula questa regola: se la scelta, fra l'applicazione della *lex fori* e quella di una legge straniera, al regolamento di uno stesso rapporto giuridico, dipende dall'indole di questo stesso rapporto giuridico, è alla *lex fori* che compete far prevalere la propria definizione di quest'ultimo, e, colla scorta di tale definizione, procedere all'applicazione della legge competente. La *lex fori* deve prevalere nella qualificazione del rapporto giuridico, perchè le regole di diritto internazionale privato adottate nello Stato sono deroghe volontarie e spontanee alla volontà assoluta dello Stato stesso e non possono essere fatte valere oltre i limiti di quella volontà; sicchè la definizione del rapporto giuridico data dal legislatore e dalla quale deve risultare modificata l'indicazione della norma di diritto internazionale privato applicabile nel territorio, deve prevalere sulle definizioni date dello stesso rapporto dalle leggi straniere ed escluderne ogni riconoscimento ed efficacia.

2. Il giudice di un paese è chiamato a scegliere fra due qualificazioni date, del medesimo rapporto giuridico, da due leggi straniere. Ciò accadrebbe quando un giudice austriaco dovesse decidere se il testamento olografo fatto in Italia da un olandese, normalmente capace, dovesse ritenersi valido in Austria secondo la legge italiana ed in applicazione della regola *locus regit actum*, oppure nullo secondo la legge olandese, in applicazione della regola che dichiara incapaci gli olandesi di testare all'estero altrimenti che in forma pubblica e solenne. Anche in questo caso il prevalere dell'una o dell'altra definizione sarà determinato dall'analogia con quella definizione che è prevalente secondo la *lex fori*.

3. Il giudice si trova di fronte a rapporti giuridici che sono sottoposti all'autonomia delle parti.

In quest'ultimo caso non v'è alcuna ragione di far prevalere la qualificazione della *lex fori*, ma bensì di interpretare adeguatamente la volontà delle parti che deve governare i rapporti di tale categoria.

4. Due eccezioni alla sua dottrina della qualificazione, riconosce il Bartin, nella definizione delle cose, rispetto alla quale deve prevalere la legge della rispettiva situazione; ed in quella delle azioni che dipende esclusivamente dalla *lex fori*.

Ma quanto a queste due ultime norme, può osservarsi che si giustificano per sè, indipendentemente da qualunque rapporto colla dottrina della *qualificazione*, della quale debbano essere considerate

come eccezioni. La definizione delle cose compete alla legge della situazione come elemento della costituzione territoriale ed economica dello Stato, connesso coll'esistenza di questo e colla sua individualità materiale ed inscindibile dalla tutela del suo ordine pubblico (1). La definizione delle azioni dipende dalla *lex fori* per motivi analoghi, come tutti gli ordinamenti essenziali e costitutivi della procedura (2).

Nel terzo dei casi enumerati dal Bartin, non si verifica a dir vero conflitto di qualificazione, perchè si tratta di dedurre, dall'interpretazione della volontà delle parti, la sede dell'obbligazione e l'indicazione delle sue norme regolatrici, e non già di indagare colla scorta di quella volontà l'indole e la qualificazione dell'obbligazione stessa.

Restano i due primi casi nei quali si tratta di vera qualificazione di un rapporto giuridico, rispetto al quale il giudice debba scegliere o fra la definizione data dalla legge propria e quella data dalla legge di un altro Stato, o fra le definizioni date dalle leggi di due altri Stati.

Rispetto a tali conflitti il Buzzati ha dimostrato che, nella maggior parte dei casi, il conflitto di qualificazione non deriva da una divergenza delle due leggi, ma bensì da erronea applicazione fattane dal giudice, che dovrebbe applicare i loro rispettivi principii di diritto internazionale privato (3). Il Despagnet ha d'altronde sostenuto che, pur ammessa l'esistenza del conflitto di qualificazione, le soluzioni preferite dal Bartin non possono accettarsi (4). Infatti nel primo dei casi distinti dal Bartin le regole di competenza, che sono il fondamento del diritto internazionale privato, impongono che la legge riconosciuta applicabile ad un rapporto giuridico debba pure ritenersi competente a qualificarlo. Sicchè se la legge di uno Stato ammette che la successione debba regolarsi secondo il diritto nazionale di colui della successione del quale si tratta, e nel caso concreto si debba giudicare in quello Stato delle pretese di una vedova straniera alla successione del marito, e la legge del paese a cui questo ultimo apparteneva, ascriva tali pretese alla materia successoria anzichè alla materia matrimoniale, tale qualificazione dovrà essere

(1) V. pag. 190, 191, 192, 193, 194.
(2) V. pag. cit. e SAVIGNY, § 361.
(3) BUZZATI, l. c., pag. 15-17.
(4) DESPAGNET, *Des conflits des lois relatifs à la qualification des rapports juridiques* (*Journal de droit int. privé*, 1898, pag. 253-276).

riconosciuta nell'altro paese, ed al rapporto in questione dovrà applicarsi la regola di diritto internazionale privato territoriale, indicata dalla qualificazione del rapporto giuridico data dalla legge straniera. Ciò per effetto di quelle stesse regole di competenza legislativa che sono la base del diritto internazionale privato. Mentre dunque il Bartin vorrebbe far prevalere la qualificazione del rapporto giuridico dato dalla *lex fori*, l'esame più accurato delle regole di competenza legislativa conduce alla soluzione contraria, e permette di arrivare a questa formula: « le regole di diritto internazionale privato, vigenti in un paese, devono applicarsi ai rapporti di diritto secondo la qualificazione che nel caso concreto ne è data dalla legge, genericamente indicata come competente a regolarli ».

Alle successioni di stranieri si applicherà la legge del defunto che era straniero, ai regimi matrimoniali la legge della famiglia straniera; ma nell'applicare l'una o l'altra regola di diritto internazionale privato, si riconoscerà il carattere dei singoli rapporti giuridici così come è definito dalla legge straniera competente a regolarli. Il che è quanto dire che la qualificazione dei rapporti non si sottrae alle regole normali che presiedono al governo di quegli stessi rapporti giuridici nelle relazioni di diritto internazionale privato.

Del pari quando si tratterà di scegliere fra le due diverse qualificazioni di un rapporto od istituto, date da due leggi egualmente straniere, il giudice di un terzo Stato non dovrà far prevalere quella delle due qualificazioni che corrisponde, ed è più analoga alla qualificazione data dello stesso rapporto dalla *lex fori*, come vorrebbe il Bartin, ma dovrà applicare alla ricerca della competenza legislativa i proprii principii di diritto internazionale privato, nel qual caso la qualificazione sarà una dipendenza necessaria della legge riconosciuta e fatta prevalere come più competente.

Di tutti i conflitti di qualificazione proposti dal Bartin, resta dunque soltanto una collezione di casi che, invece di formar materia d'una dottrina speciale, corrispondono alle varie regole normali di diritto internazionale privato. La definizione o qualificazione delle cose compete alla legge del luogo della loro situazione, per effetto dell'orbita di efficacia assoluta attribuita alla *lex rei sitae* dal diritto internazionale comune. La qualificazione delle azioni dipende dalla legge del giudice, per effetto della competenza che i principii normali di diritto internazionale privato attribuiscono alla *lex fori*. Negli altri casi citati dal Bartin la qualificazione del rapporto o dell'istituto è

pure una dipendenza delle regole normali di diritto internazionale privato. Una legge è competente a definire un rapporto giuridico quando è competente a regolarlo. In altre parole, le regole di diritto internazionale privato vigenti in un paese devono applicarsi ai rapporti giuridici od istituti dipendenti da altri paesi, secondo l'indicazione delle qualificazioni datene dalle leggi di questi ultimi.

Resta un'ultima serie di casi nei quali può accadere, che, prescindendo da tali indicazioni, nella qualificazione di un rapporto giuridico straniero od interessante stranieri, debba prevalere la formula della *lex fori* su quella di ogni altra legge. Se la dottrina di diritto internazionale privato vigente in un paese, ammette la nazionalità della capacità personale, ed ammette pur la regola *locus regit actum* circa la forma degli atti, e ripugna dall'ammissione delle incapacità speciali, in quel paese non sarà ritenuto nullo nè il testamento olografo dell'Olandese che fosse del resto nella pienezza della capacità giuridica, nè il matrimonio civile contratto dal Russo in territorio dove quella forma sia valida, nè si calcolerà concubinato il matrimonio del nero dell'Alabama con persona di razza bianca. Ma in tutti tali casi si tratterà non già d'un conflitto speciale di qualificazione, bensì d'una applicazione particolare delle regole relative all'ordine pubblico. Le qualificazioni arbitrarie d'un rapporto giuridico derivanti dalle leggi di un paese, fino ad un certo punto formeranno materia di ordine pubblico interno e diventeranno parte integrante dello stesso rapporto od istituto e della sua vita internazionale; oltre un dato limite non potranno ottenere riconoscimento oltre i confini dello Stato dove impera il legislatore da cui derivano, perchè offenderebbero un principio d'ordine pubblico internazionale d'altri paesi dove si volesse farle valere.

Ciò che resta pertanto della dottrina dei conflitti di qualificazione, ricade in quella dei limiti d'ordine pubblico, e corrisponde a questa regola: « ogni qual volta la qualificazione di un istituto o rapporto giuridico data dalla legge straniera, che in uno Stato è riconosciuta normalmente come la più competente a regolarlo, produca conseguenze offensive per l'ordine pubblico di tale Stato, quella qualificazione non potrà esservi riconosciuta, ma vi sarà sostituita da quella che per lo stesso istituto o rapporto giuridico è data dalla legge territoriale ».

Gli errori che ho segnalati prima circa la dottrina del rinvio, e quelli che son venuto notando ora circa i conflitti di qualificazione,

derivano del pari da una erronea od incompleta applicazione della dottrina dell'ordine pubblico. Nel caso della qualificazione, ciascun giudice deve riconoscere i rapporti di diritto stranieri così come sono qualificati dalla legge del paese di origine, e secondo tale qualificazione deve applicare al loro governo la regola di diritto internazionale privato ammessa dalla *lex fori*, e in concreto quella norma di diritto nazionale o straniero che è indicata da tale norma di diritto internazionale privato. Eccezionalmente deve prevalere la qualificazione della *lex fori*, quando ciò sia voluto da una esigenza dell'ordine pubblico territoriale. Nel caso del rinvio invece è l'ordine pubblico territoriale che lo condanna, esigendo che si applichi integralmente la regola di diritto internazionale privato vigente nel territorio, e che, se tale regola indica come competente una legge straniera, si applichi al caso concreto la disposizione di diritto materiale straniero a quello relativa, e non si tenga alcun conto della norma diversa di diritto internazionale privato eventualmente vigente in quel secondo paese che indichi come competente la legge civile del primo.

Per aver fatto erronea applicazione di questi principii il Bartin, e molti altri scrittori e tribunali, sono arrivati a vicenda a tali erronee conseguenze giustamente notate dal Despagnet (1); da un lato si è voluto ritenere che quando le regole di diritto internazionale privato vigenti in un paese indicano come competente a regolare un rapporto una legge straniera, debbasi accettare ed applicare dai giudici di quel paese rispetto a quel rapporto, anche una norma diversa di diritto internazionale privato accolta in quella legge straniera; dall'altro si è voluto far dipendere in tutto la qualificazione dei rapporti giuridici dalla *lex fori*, e non da quella legge che da questa ultima è indicata come competente a regolarli.

Nel primo caso la territorialità della regola di diritto internazionale privato è stata male applicata e in gran parte distrutta; nell'altro la competenza della *lex fori* in materia di diritto internazionale privato è stata mal compresa ed eccessivamente allargata; nell'uno non si sono riconosciute abbastanza, nell'altro si sono soverchiamente amplificate le ragioni di prevalenza della legge territoriale dipendenti dall'ordine pubblico.

312. — Ma le regole di diritto internazionale privato sancite in un

(1) DESPAGNET, l. c., pag. 264, 265.

paese, devono essere subordinate alla loro volta, nella specifica applicazione, alle esigenze dell'ordine pubblico. Ad ogni straniero e ad ogni rapporto di diritto internazionale privato, si applicherà, rispettivamente in ciascuno Stato, quella disposizione di legge territoriale o straniera che risulterà indicata come preferibile nel caso concreto dalle norme di diritto internazionale privato vigenti nel territorio. Ma se la disposizione di legge straniera che per tal guisa si dovrebbe applicare, o il rapporto giuridico validamente costituito all'estero del quale per tal guisa si dovrebbe riconoscere nel territorio la validità e l'efficacia, fosse, in sè o nei suoi effetti, contrario all'ordine pubblico vigente nel territorio, allora nè l'una nè l'altro potrebbe ottenervi riconoscimento per effetto di quella disposizione di diritto internazionale privato che all'una o all'altro pur si riferisce, e dovrebbe pertanto subire un'eccezione che per quel caso ne impedirebbe l'applicazione, facendo preferire all'efficacia normale di una disposizione di legge straniera, l'efficacia eccezionale della corrispondente disposizione di legge territoriale.

In tal caso la regola di diritto internazionale privato vigente, rispetto a quel determinato ordine di rapporti nel territorio, sarebbe esclusa non già, come si vorrebbe, nel caso del rinvio, dalla corrispondente regola di diritto internazionale privato vigente in un altro paese, ma bensì da un'altra regola di diritto internazionale privato territoriale, che accompagna necessariamente le altre pure adottate e le armonizza colle supreme esigenze dello Stato, ed è il limite d'ordine pubblico. Esso è un limite necessario perchè, quando pure il legislatore non lo avesse espressamente enunciato, risulterebbe sempre determinato dalla necessità che la legge straniera, applicabile di regola in un paese, debba restare esclusa dall'applicazione nel paese stesso, ogniqualvolta dall'applicazione di quella risultasse offeso l'ordine pubblico dello Stato.

Così sarebbe se dall'applicazione di una legge straniera o dalla efficacia di un rapporto validamente costituito all'estero secondo il diritto locale, derivasse nel territorio dello Stato un turbamento dell'ordine morale. Quanto più è progredito uno Stato, quanto più si sviluppa nella sua costituzione e nella sua coscienza l'influenza dell'elemento sociale, tanto maggiori vi diventano le esigenze dell'ordine morale. Anzi certi supremi concetti morali diventano nelle società più progredite parte dell'individualità stessa dello Stato. Sicchè, da questo punto di vista, non è inesatto il dire che lo stesso progresso

della civiltà da cui derivano il concetto e l'ammissione d'un sistema di regole di diritto internazionale privato provvedenti all'applicazione delle leggi straniere, renda sempre più determinati ed assoluti anche certi limiti eventuali d'ordine morale all'applicazione del diritto straniero.

La pertinenza delle leggi d'ordine essenzialmente morale alla categoria delle disposizioni d'ordine pubblico, è pertanto così evidente da non aver punto bisogno di essere dimostrata. Ma l'applicazione d'un tale criterio ai casi particolari, presenta le maggiori difficoltà, che si manifestano nelle molteplici divergenze della dottrina e della giurisprudenza.

L'elemento etico ha tanta parte nella legislazione civile, che in poche leggi riuscirebbe impossibile scoprire un fine d'ordine morale. Ma dovranno tutte le leggi di tal fatta considerarsi di ordine pubblico? E qual grado d'importanza dovrà avere l'elemento morale nella determinazione e nella finalità di una legge, perchè questa debba ascriversi a tale categoria? E quando pur si debba ascrivere una legge alla categoria dell'ordine pubblico in ragione del suo elemento morale, in quali casi sarà essa di ordine pubblico interno? In quali di ordine pubblico internazionale? E quelle di quest'ultima specie avranno effetto restringente od espansivo? Saranno o non saranno dotate di una efficacia riflessa?

A tutte queste domande, anche in questa come in tante altre parti del diritto internazionale privato, è dato piuttosto rispondere con criterii atti ad ispirare le soluzioni, che non con una serie di soluzioni precise assolutamente sufficienti ed uniformi. Poichè tanto il carattere morale di una legge, quanto la intensità di tale carattere morale, derivano nei singoli Stati in gran parte dalla particolare costituzione sociale e dall'importanza che ad un determinato rapporto attribuisce in via positiva o negativa il legislatore. In ogni paese si impone il riconoscimento dei doveri dei figli verso i genitori, ma in taluni paesi si estende ad altri gradi di parentela l'obbligo degli alimenti, in altri lo si nega; un legislatore crede tutelare l'ordine delle famiglie ammettendo il divorzio ed escludendo la separazione a tempo indeterminato, un altro vietando il divorzio e non ammettendo se non quella; qui la legittimazione per susseguente matrimonio si ammette, ed altrove la si esclude senza attribuire all'esclusione carattere assolutamente morale, altrove infine attribuendovi esplicitamente od implicitamente tale carattere. Anche in questo ordine

di rapporti lo stesso concetto arbitrario che il legislatore può formarsi dell'ordine morale e dei mezzi atti a tutelarlo, non può dunque non graduare diversamente nei varii paesi la efficacia assolutamente obbligatoria delle leggi che hanno il fine di tutelarlo.

A prescindere però da tali definizioni, che sono rispettivamente obbligatorie nel territorio dei singoli legislatori dai quali emanano, è conforme al carattere e al fine dell'ordine pubblico, ritenere che l'efficacia assoluta di una legge, derivante dal suo carattere morale, non debba essere esagerata, ma attribuita soltanto a quelle leggi civili la violazione delle quali turberebbe gravemente l'ordine morale proprio di quella società. A tale determinazione non si potrà d'altronde arrivare se non quando si abbia un concetto esattissimo del carattere individuale dello Stato di cui si tratta e della sua finalità sociale e morale (1). Nel che è evidente che il criterio di decisione potrà essere unico, ma non potranno essere uniformi dovunque le soluzioni, poichè il pretenderle tali equivarrebbe a pretendere alla identità di risultanti di più rapporti nei quali uno degli elementi sia destinato a variare.

Da ciò dipende la diversa forza d'impero e di inibizione attribuita nella dottrina e nella giurisprudenza alle leggi di ordine morale. Così per le leggi relative all'usura ed al giuoco, a proposito delle quali si è già notata la divergenza fra il Savigny (2) ed il Brocher, che ascrivono le stesse leggi il primo alla categoria dell'ordine pubblico propriamente detto, il secondo a quella dell'ordine pubblico interno. Nè si potrebbe obbiettare che il dissidio pratico fra il Brocher ed il Savigny deriva dall'aver fatto il primo quella distinzione fra l'ordine pubblico interno e quello internazionale che è estranea alla dottrina del Savigny; poichè anche il Bustamante, che pure riproduce e sviluppa quella distinzione, ascrive, contrariamente al Brocher, le disposizioni proibitive che si riferiscono ai giuochi, alla categoria dell'ordine pubblico internazionale (3). E lo stesso può dirsi a proposito del contrabbando, nei riguardi delle leggi di ordine pubblico suscettibili o non suscettibili di efficacia diretta o riflessa; risultando la soluzione negativa dalla dottrina del Savigny (4), e quella affermativa dal Brocher ed ora dal maggior numero degli autori, secondo i quali

(1) V. Boissarie, l. c., pag. 213-221, circa gli stessi limiti attribuiti al diritto pubblico anzichè all'ordine pubblico.

(2) V. pag. 341-343.

(3) Bustamante, l. c., pag. 218-221.

(4) V. sopra, pag. 343-345.

si ammette (1) che la convenzione stipulata in un territorio per esercitare in altri Stati il contrabbando, debba ritenersi sempre e dovunque invalidata dal carattere illecito della causa e dal suo contrasto coi buoni costumi. La quale soluzione deriva dallo sviluppo della solidarietà internazionale che può attribuire ai tentativi di defraudare uno Stato nelle sue leggi ed attribuzioni doganali, un carattere immorale anche in confronto dell'ordine pubblico di ogni altro Stato appartenente alla società internazionale.

Quando pertanto l'indole del comando chiaramente non la manifesti, l'attribuzione d'una legge d'ordine morale alla categoria dell'ordine pubblico interno od internazionale, ed a quest'ultimo con effetto espansivo oppure restringente, diretto soltanto, ovvero riflesso, non può essere se non che il risultato d'uno studio del grado di interesse che presenta quella legge per la costituzione morale di quello Stato in particolare, in quel determinato momento del suo sviluppo civile. È una legge d'indole specialmente morale? Il concetto morale che informa quella legge deve ritenersi come uno degli elementi integranti dell'esistenza dello Stato? La sua importanza è tale da essere soddisfatto l'intento del legislatore applicandola, ad esclusione d'ogni legge straniera, oppure da restare offeso quell'intento se anche le conseguenze d'una contraria legge straniera già applicata all'estero, siano riconosciute nel territorio? Tutte queste indagini, condotte secondo i criterii dianzi indicati (2), saranno necessarie al giudice per poter decidere se sia dotata e in quale grado sia dotata di carattere assoluto d'impero o d'inibizione una legge d'indole morale.

313. — Fra tutte le leggi di ordine pubblico, quelle nelle quali tale assoluto carattere è sopratutto evidente sono le leggi che hanno un contenuto politico, o che comunque toccano l'organizzazione e la personalità politica dello Stato. Rispetto a tali leggi il necessario impero assoluto risulta direttamente e senza bisogno di dimostrazioni indirette, dalla personalità stessa dello Stato e dal diritto di conservazione che ne è uno degli attributi. Il Boissarie che pur tanto si adopera a limitare, anzi ad eliminare la categoria delle leggi di ordine pubblico, ammette, siccome limiti dell'applicazione delle leggi straniere, queste leggi territoriali di carattere politico. È vero che le qualifica leggi di diritto pubblico e non di ordine pubblico. Ma l'essen-

(1) Bustamante, l. c., pag. 221-225.
(2) V. pag. 427, 428.

ziale è che ne riconosce il carattere assoluto. Del resto, pur essendo quelle leggi di *diritto pubblico*, l'ordine pubblico dello Stato dove sono in vigore è interessato alla loro assoluta osservanza; di diritto pubblico è il loro contenuto, ma l'ordine pubblico è tutelato dalla loro assoluta ed esclusiva applicazione; sicchè il Boissarie, non si allontana effettivamente in questo punto, quanto ha pur mostrato di credere, dagli altri autori che hanno studiato le leggi di tale categoria (1).

Comune a queste leggi è il carattere di elementi diretti della vita dello Stato, della sua formazione, della sua organizzazione politica, amministrativa e giudiziaria. Il loro concetto informatore è più evidente; il loro rapporto colla conservazione e colle finalità dello Stato è più chiaro; perciò molto maggiore deve essere nel diritto positivo l'accordo così nel definirle come del determinarne il grado dell'assoluta osservanza nel territorio.

A tale categoria appartiene dunque anzitutto il diritto politico propriamente detto, nel quale più direttamente e completamente è interessata la sovranità dello Stato. Talune norme del diritto politico sono di ordine pubblico internazionale nel senso che obbligano quanti abitano il territorio, contenendo una inibizione d'invocare il diritto straniero ed un precetto di osservare il diritto territoriale che astringe quanti abitano il territorio dello Stato. Altre sono di ordine pubblico interno perchè la loro efficacia assoluta è limitata ai cittadini, sia perchè l'azione loro è indifferente agli stranieri, sia perchè le esigenze della vita pubblica non ne consentono l'applicazione a questi ultimi. Esempio delle prime leggi sarebbe una disposizione tutrice della integrità e della libertà della persona, od una legge che, senza far distinzioni espresse fra cittadini e stranieri, sancisca la inviolabilità del domicilio. Esempio delle seconde sarebbe una legge che stabilisca le condizioni di età e di coltura, o di ricchezza e di moralità per esercitare il diritto elettorale, od un'altra relativa agli obblighi del servizio militare.

Ora da tali esempi apparisce come riesca ben più facile che non sia per le leggi d'ordine morale, il determinare quali siano d'ordine politico, e specialmente quali abbiano un contenuto politico propriamente detto, e, fra queste ultime, quali s'impongano nel territorio a tutti senza distinzione di nazionalità, e quali debbano applicarsi esclusivamente ai membri dello Stato o ad una parte di loro ad esclu-

(1) Boissarie, l. c., pag. 228-230.

sione degli stranieri (1), cioè quali appartengano all'ordine pubblico interno e quali a quello internazionale.

Lo stesso carattere presentano, e delle stesse distinzioni sono suscettibili le leggi di contenuto amministrativo, le quali hanno pure colle prime questo di comune: di non presentare mai carattere suppletorio, di non poter essere cioè mai derogate per effetto dell'autonomia della volontà. Le leggi di ordine penale si distinguono dalle prime perciò che non solo obbligano anche all'estero i nazionali assumendo un carattere personale (come avviene del resto anche per molte leggi d'ordine strettamente politico, quali sono quelle relative al servizio militare), ma talora assumendo un carattere oltre territoriale quasi universale, obbligano anche all'estero tutti, nazionali e stranieri, come è di quelle relative all'alto tradimento ed alla falsificazione, dovunque compiuta, delle monete e del sigillo dello Stato.

Sono infine d'ordine pubblico a titolo politico le leggi di procedura civile e penale, così in quanto si riferiscono alla competenza ed all'ordinamento giudiziario, come in quanto riguardano i modi e le forme propriamente dette di procedura. Il Bustamante (2) distingue poi fra tali leggi quelle propriamente procedurali che hanno effetto restringente, da quelle relative alla competenza, che lo hanno espansivo e che perciò possono più facilmente prestarsi a far sorgere qualche conflitto, che abbia per effetto un diniego d'esecutorietà opposto a qualche sentenza straniera.

I più recenti sviluppi, non si potrebbe dire del diritto, ma dei rapporti internazionali, hanno affermato ed imposto eccezioni a queste regole nei paesi cosidetti di Capitolazioni e sopratutto nell'Estremo Oriente. E tali eccezioni si sono affermate imponendo allo Stato di derogare a favore di stranieri dalle esigenze dell'ordine pubblico, rappresentato dalla legislazione territoriale d'indole politica; anzi di riconoscere nel proprio territorio la prevalenza dell'effetto riflesso di un ordine pubblico straniero, sull'effetto diretto dell'ordine pubblico territoriale.

Norme di polizia imposte a tutti nel territorio in tali casi sono modificate a favore di stranieri, sia che a questi si consenta di percorrere il paese e di operarvi più liberamente che non sia consentito ai cittadini, sia che a loro favore si pretendano garanzie del domi-

(1) Cfr. Bustamante, l. c., pag. 181-190.
(2) L. c., pag. 195-202.

cilio e della integrità personale superiori a quelle accordate ai sudditi dello Stato. Diritti d'ordine politico necessariamente negati dovunque ai forestieri, si esigono, per effetto di quella eccezionale condizione di cose, da questi ultimi, e ne deriva la costituzione dei *settlements* dell'Estremo Oriente dove i diritti politici attivi esercitati dai residenti stranieri si risolvono in fatto ad una espropriazione imposta alla sovranità territoriale. E quanto alle leggi penali ed a quelle di procedura, l'estraterritorialità garantita agli stranieri, impone a loro favore una eccezione alla osservanza di quelle leggi appunto che più indiscutibilmente appartengono alla categoria dell'ordine pubblico internazionale.

Tutto questo complesso di privilegi che si è sviluppato recentemente nella China a favore degli Europei e degli Americani, non solo ha un valore di gran lunga maggiore di quello che abbiano i normali privilegi connessi col sistema così detto delle Capitolazioni, ma ferisce e turba a tal punto l'ordine pubblico dello Stato, in quanto ha di più essenziale ed assoluto, da potersi dubitare se, per la sua stessa esistenza, quei privilegi degli stranieri non debbano riuscire nell'effettuazione, molto più esiziali che non sia la cessione di qualche provincia, o la imposizione di una enorme indennità di guerra.

314. — Poichè alla esistenza dello Stato sono così essenziali gli elementi materiali come gli elementi morali e politici, è evidente la connessione coll'ordine pubblico delle leggi che interessano l'organizzazione economica dello Stato. Ed anzitutto di quelle che si riferiscono alla definizione giuridica delle cose. Poichè queste fanno parte del territorio se sono immobili, e vi aderiscono se sono mobili, la potestà di definirle giuridicamente, e di attribuirle ad una determinata categoria, compete allo Stato su quelle singole parti come una conseguenza dell'autorità sovrana che gli compete su tutto il territorio che gli appartiene. Come vi sono certe qualifiche dell'uomo come tale, la definizione delle quali, indipendentemente dalle modificazioni della capacità e degli atti di lui, compete alla sovranità di ciascuno Stato in confronto di tutte le persone che vi si trovano, così vi sono certe qualifiche delle cose, che, indipendentemente dai rapporti giuridici dei quali le cose possono essere oggetto, debbono essere definite esclusivamente dalle leggi dello Stato al cui territorio quelle cose aderiscono.

Una cosa sarà pertanto considerata mobile od immobile, in commercio o fuor di commercio, abbandonata o rivendicabile, secondo che

in un modo o nell'altro l'avrà definita la legge della situazione; l'accessione si compirà o non si compirà a favore di un immobile non già secondo che disponga la legge personale del proprietario, ma secondo le disposizioni della legge territoriale dell'immobile di cui si tratta; così secondo la medesima legge si potrà o non si potrà costituire una servitù. Se in tutti questi casi diversamente potesse accadere per applicazione d'una legge straniera, si turberebbe la costituzione economica dello Stato, che è pur intima parte della sua esistenza. Tali leggi sono territoriali non solo perchè interessano, come dice il Bustamante (1), la prosperità economica della nazione, ma perchè interessano, sotto un certo rispetto, la sua integrità personale. Ciascuno Stato ha una individualità politica, giuridica, economica e morale; tutto quanto turba, sotto l'uno o l'altro aspetto, tale individualità, importa all'ordine pubblico che sia eliminato. E indipendentemente dal loro effetto sulla prosperità economica dello Stato, le definizioni che delle cose e dei diritti reali son vigenti nel paese, devono escludere ogni altra definizione diversa, perchè integrano tutte insieme la peculiare personalità dello Stato.

Per diverso titolo interessano la costituzione economica dello Stato le disposizioni adottate dalla legge nell'interesse dei terzi. Tale interesse è tanto più generale quanto è meno determinato e determinabile dalla disposizione di legge che lo sancisce; e poichè tutti possono essere eventualmente quei terzi cui la legge si è riferita, la garanzia che li riguarda diventa una generica garanzia della certezza dei rapporti economici, e rappresenta pertanto un supremo interesse dello Stato. L'obbligo della trascrizione di atti di mutazione di proprietà o d'atti costitutivi di servitù, delle ipoteche e degli altri diritti reali, della notificazione delle cessioni di credito, della pubblicità del contratto di matrimonio, appartiene a tale categoria di norme. Le parti interessate ad un determinato rapporto giuridico non potrebbero derogare a norme di tale specie che a quel rapporto si riferissero, nè per volontà propria, nè per effetto di una legge straniera, relativamente ai beni situati nel territorio; perchè quelle garanzie d'indole reale non riguardano soltanto le persone che hanno, direttamente o indirettamente, parte ad un rapporto giuridico, ma la società tutta quanta nella sua costituzione economica.

Allo stesso argomento si vorrebbe ricorrere da taluno per esclu-

(1) Bustamante, l. c., pag. 253-255.

dere certe convenzioni considerate in se stesse come direttamente contrarie all'interesse economico dello Stato; per esempio l'eccesso d'una certa misura, fissata dalla legge, per il tasso dell'interesse. Ma in tali limitazioni legali è prevalente il motivo morale sul motivo economico che pur non v'è estraneo; e pertanto mi pare preferibile ascriverle alla categoria delle leggi d'ordine pubblico che più direttamente interessano la vita morale dello Stato.

All'ordine economico ed a quello politico ad un tempo appartengono invece quelle leggi che regolano e limitano i diritti e l'attività economica delle persone giuridiche, determinando ed in parte escludendo, il diritto di tali persone in genere, o in ispecie delle chiese, delle corporazioni religiose, degli stabilimenti di istruzione e di beneficenza, al possesso dei beni immobili. D'un lato in tali disposizioni può prevalere l'elemento economico in quanto tendano ad assicurare la commerciabilità effettiva dei beni e il frazionamento della proprietà, dall'altro vi può prevalere l'elemento politico in quanto tendano ad assicurare il carattere laico dello Stato od in modo indiretto l'ordinamento democratico della società. Ma per l'uno o per l'altro titolo quelle leggi presentano, in quanto si riferiscono ai beni immobili, un egual carattere ed una eguale misura di territorialità. Lo stesso deve dirsi delle disposizioni escludenti le sostituzioni fedecommissarie, e delle garanzie della proprietà privata combinate colle regole dell'espropriazione.

Le disposizioni di tale categoria, in quanto si riferiscano alla definizione dei beni d'ogni specie ed alla trasmissione dei beni immobili, devono essere imperative per tutti nel territorio, senza veruna distinzione fra nazionali e stranieri. Il Bustamante (1) afferma che le leggi d'ordine pubblico di carattere essenzialmente commerciale hanno effetto restringente, sicchè anche gli atti privati, debitamente legalizzati nel paese della loro origine, dovranno riconoscersi anche dove si richieda un atto pubblico. Ciò si dovrà intendere però con una assoluta riserva rispetto agli immobili, circa i quali, per quanto sia valido l'atto stipulato all'estero secondo la legge dell'atto, sarà nullo il suo effetto sugli immobili situati nel territorio, quando non siano state osservate anche le modalità stabilite dalle leggi locali nei riguardi delle solennità e delle garanzie provvedute dalle leggi ai diritti dei terzi.

(1) L. c., pag. 252.

315. — Il Bustamante forma un'altra categoria di leggi (1) di ordine pubblico con quelle che, pur essendo leggi civili, manifestano un carattere essenzialmente politico o giuridico. Si distinguono dalle leggi d'indole politica, perchè il loro contenuto non è propriamente politico ma civile; si distinguono dalle leggi civili in genere, perchè il loro fine giuridico è del tutto peculiare; ed è, nell'un caso e nell'altro, quello di « resguardar y garantizar à toda costa los principios cardinales, juridicos y politicos, en que descansa la vida del Estado » (2).

Leggi civili di carattere essenzialmente politico, e pertanto d'ordine pubblico internazionale, sarebbero quelle relative alla cittadinanza d'origine, ed alla naturalizzazione, fatta eccezione da quelle relative alla perdita della cittadinanza che devono considerarsi d'ordine pubblico interno; alla stessa categoria di leggi civili di carattere essenzialmente politico, la cui efficacia deve imporsi a tutti nel territorio, dovrebbero ascriversi le disposizioni circa i beni di dominio pubblico e la definizione di questi ultimi; i limiti del contratto di lavoro; le garanzie della proprietà e i freni alle sostituzioni fedecommissarie.

Alla categoria delle disposizioni legislative civili di carattere essenzialmente giuridico, il Bustamante vorrebbe ascrivere quelle che determinano l'inizio cronologico della obbligatorietà delle leggi; quelle che ammettono od escludono come scusante la ignoranza della legge che non sia stata rispettata; quelle generali o particolari circa l'ammissione o l'esclusione della efficacia retroattiva delle leggi; i principii vigenti nel territorio circa l'effetto della dissuetudine sulle disposizioni legislative, e circa il modo di provvedere nel silenzio del legislatore; le regole per computare i termini di mesi e di giorni; il valore delle presunzioni; il regime delle obbligazioni che nascono da colpa o da negligenza; le regole che attribuiscono agli stranieri una somma di diritti civili diversa da quella attribuita ai cittadini; e quelle relative allo speciale sistema di diritto internazionale privato accolto nel territorio (3). Delle obbligazioni nate da negligenza o da colpa, potrà dirsi che dovranno sottomettersi sempre alla stessa legge che debba applicarsi alla negligenza od alla colpa che le abbia generate; e, poichè tali regole interessano la normalità della vita sociale, dovranno appli-

(1) Bustamante, l. c., pag. 259-277.
(2) L. c., pag. 259.
(3) Bustamante, op. cit., pag. 259, 280. V. sopra, pag. 417-420.

carsi, così come vigono nel territorio, ad ogni effetto di negligenza o di colpa, senza distinguere fra nazionali e stranieri, sicchè in tal caso la territorialità della legge vigente nel territorio dove la negligenza o la colpa s'è manifestata, dovrà prevalere sulla territorialità di quella vigente nel paese del giudice.

Un concetto giuridico fondamentale alla vita dello Stato dovrà, secondo lo stesso principio, rendere territoriali le norme relative, non solo alla capacità delle persone morali straniere ad acquistare beni nel territorio, della quale si è prima accennato, ma alla stessa loro capacità di agire ed al riconoscimento stesso della loro formazione e della loro personalità. Poichè d'un lato nella personalità collettiva ha sempre una parte, diretta od indiretta, la finzione della legge ispirata a considerazioni d'ordine pubblico, la individualità d'una persona morale straniera non potrà essere considerata come giuridicamente effettiva nel territorio, se non in quanto v'abbia ottenuto quel riconoscimento, dal quale implicitamente risulti, che l'esistenza e l'attività sua non siano punto in contraddizione coi principii fondamentali della costituzione giuridica dello Stato.

E quando pur si voglia ritenere che la formazione d'una personalità giuridica avvenuta all'estero, sia sufficiente a far valere anche nel territorio dello Stato un certo riconoscimento della stessa personalità, tale personalità non sarà mai, nei diritti e nelle attitudini, identica a quella delle persone giuridiche nazionali, ma relativa alla qualità di persona giuridica straniera, e pertanto vivente in una cerchia più ristretta di diritti e di attribuzioni, delimitata dalle supreme esigenze dell'entità dello Stato e delle sue caratteristiche giuridiche fondamentali.

Il rapporto di tali leggi coll'ordine pubblico, mi sembra assai chiaro e le soluzioni del Bustamante mi sembrano, sotto tale rapporto, meritevoli di approvazione. Parmi però poco chiara ed atta ad ingenerare confusioni, la denominazione di leggi civili di carattere essenzialmente giuridico. S'intende che cosa il Bustamante abbia voluto dire; s'intende cioè che ha voluto parlare di leggi che integrano le caratteristiche giuridiche fondamentali dello Stato, o la fisonomia peculiare del suo sistema di diritto privato. Ma l'espressione adoperata è nonpertanto impropria, poichè la classificazione di una categoria di leggi come di carattere essenzialmente giuridico, tenderebbe a far supporre l'esistenza di un'altra categoria più numerosa di leggi che di tale carattere essenzialmente giuridico fossero sprov-

vedute; il che non potendo essere stato nelle intenzioni dell'autore, risulta dimostrato che l'espressione da lui preferita non corrispondeva nè al suo concetto, nè alla realtà ed alla necessità delle cose.

A tutta questa distinzione del Bustamante si potrebbe poi fare un'altra censura; quella che non era necessaria. Quello scrittore è stato forse tratto, dal proprio metodo scrupolosamente analitico, un po' al di là di dove avrebbe dovuto arrestarsi, ed ha distinto dalle altre una categoria di leggi che sarebbe stata superflua, attribuendovi molteplici disposizioni che avrebbero trovato il loro luogo opportuno nelle altre categorie da lui differenziate e definite. Le leggi civili di carattere essenzialmente politico, d'un lato possono ascriversi a quelle leggi che hanno contenuto politico (1) come quelle relative alla cittadinanza, altre, come quelle circa i contratti di lavoro, a quelle d'indole essenzialmente economica, ed a queste ultime od alle prime le leggi relative alle sostituzioni fedecommissarie ed alle garanzie della proprietà.

La stesso può dirsi delle leggi civili da lui definite come di carattere essenzialmente giuridico. Il sistema nazionale di diritto internazionale privato, ch'egli ascrive a quest'ultima categoria, dopo averne già fatta una categoria speciale (2), interessa infatti l'ordine pubblico con ragioni così peculiari da dover formare una categoria speciale distinta dalle altre leggi di ordine pubblico. Altre delle disposizioni ascritte ora dal Bustamante a questa categoria, sono in realtà regole di diritto internazionale privato, che alla categoria di questo appartengono ed obbediscono alle ragioni informatrici della sua territorialità, come il computo dei termini ed il regime delle obbligazioni d'ogni specie. Le leggi relative al riconoscimento delle persone morali straniere interessano l'ordine politico e quello economico dello Stato; le regole circa i diritti degli stranieri interessano, in quanto sono limitative, l'ordine economico; delle altre, talune il suo ordine morale, tali altre il suo ordine politico, od ancora il sistema di diritto internazionale privato. Tutte queste leggi vanno dunque più opportunamente distribuite fra le varie categorie prima analizzate; colla quale distribuzione si arriva non solo ad una più metodica distinzione, ma anche ad avere più chiaramente indicato il grado di intensità e di espansione di ciascuna di tali leggi.

(1) V. sopra, pag. 430-432.
(2) Bustamante, l. c., pag. 153-181, e v. sopra, pag. 417-420.

316. — In tale argomento sono meritevoli di molta meditazione gli studii del Zitelmann (1). Le conclusioni cui egli arriva non sono, quando si esaminino ben da vicino, così divergenti come a primo aspetto potrebbe apparire, da quelle dianzi ricordate. E poichè a quelle conclusioni egli arriva considerando il diritto internazionale privato da un suo particolare punto di vista, e definendo e giustificando con una certa originalità l'eccezione comunemente designata col nome di limite di ordine pubblico, tanto maggior importanza si dovrà attribuire alla eventuale coincidenza dei di lui risultati, con quelli fino ad ora riferiti.

Importa anzitutto determinare quale posto abbia nel di lui sistema la dottrina dell'ordine pubblico.

Il diritto internazionale privato è da lui distinto in puro ed applicato: il primo che studia e formula le norme relative all'impero territoriale ed estraterritoriale delle leggi d'ordine privato; il secondo che riguarda la particolare applicazione di quelle regole ai singoli istituti e rapporti giuridici, ed ai singoli elementi degli uni e degli altri. Come delle regole di diritto internazionale privato, così della eccezione d'ordine pubblico ricorre la competenza tanto nel diritto puro, quanto in quello applicato; ma, dal punto di vista del sistema, la prima orbita soltanto ha importanza, non verificandosi nella seconda se non che l'applicazione interpretativa delle norme definite nella prima.

Nello stesso diritto internazionale privato puro, lo Zitelmann considera poi l'ordine pubblico secondo due aspetti e criterii del tutto distinti fra loro. Egli distingue infatti il diritto internazionale privato, considerato come ideale sistema di regole universali, dal diritto internazionale privato, sviluppato nella attuale convivenza di Stati, ciascuno dei quali concepisce e formula in modo del tutto indipendente, ed eventualmente divergente dai risultati cui giungono altri Stati, quelle che al rispettivo legislatore sembrano le norme ideali.

Il primo « überstaatliches internationales Privatrecht » è il tipo di un sistema, così come si potrebbe concepirlo nei rapporti fra Stati concordi circa la determinazione dell'orbita delle rispettive sovranità; il secondo « innerstaatliches internationales Privatrecht » è il tipo di un sistema di regole, così come attualmente possono conce-

(1) Zitelmann, *Internationale Privatrecht.* Leipzig, Duncker und Humblot, 1897 e 1898, vol. I e vol. II, parte I.

pirlo e sancirlo i singoli Stati formanti parte della attuale società internazionale. Il primo deriverebbe (1) i proprii principii fondamentali da quelli riconosciuti dal diritto internazionale; il secondo dai principii del diritto internazionale quali i singoli Stati li abbiano riconosciuti ed applicati. Le soluzioni del diritto internazionale privato ideale (*überstaatliches*) non possono essere attualmente se non che ipotetiche, e partecipano della imperfezione attuale di tutto il vigente diritto internazionale, inquantochè presuppongono un reciproco riconoscimento uniforme di sovranità ammesso sulla base della eguaglianza di tutti gli Stati. Anche con questo sistema ideale lo Zitelmann ammette la possibile coesistenza transitoria ed eccezionale di sistemi divergenti, o per effetto di convenzioni particolari stipulate fra due o più Stati, e non fra tutti (*besonderes überstaatliches internationales Privatrecht*), o per effetto del contatto con popoli e Stati di coltura inferiore (*unvollkomnes überstaatliche-international-Privatrecht*).

Ma, pur con queste eccezioni, resta sempre intatto il concetto di un diritto internazionale privato ideale (*überstaatliches*), d'un sistema cioè di norme uniformi, destinate un giorno a regolare l'applicazione delle leggi nei rapporti fra Stati concordi circa la perfetta eguaglianza delle rispettive sovranità. In un tale sistema l'applicazione universale delle leggi personali e di quelle relative ai rapporti giuridici, dovrà farsi secondo le norme universalmente riconosciute della competenza. Non mancheranno alla loro applicazione eccezioni giustificate dall'ordine pubblico; ma queste stesse eccezioni si manifesteranno con costanza ed uniformità e si potranno ridurre a sistema, poichè essendo concordi gli Stati circa le delimitazioni delle orbite rispettive delle proprie sovranità, saranno concordi altresì circa le eccezioni che l'applicazione delle regole normali di diritto internazionale privato, dovranno subire per garantirne l'integrità. L'ordine pubblico resterà in tale sistema elemento negativo eccezionale; ma potrà, per effetto dell'uniforme concetto della sovranità e dei suoi diritti, ridursi ad un minimo universale e costante (2), nei limiti del

(1) Zitelmann, vol. I, pag. 21-25.

(2) Zitelmann, l. c., pag. 98-100: " Im allgemeinen wird man aber doch diese theoretische Grenziehung als der allgemeinen völkerrechtlichen Auffassung entsprechend annehmen dürfen: die Personalhoheit gilt als die stärkere Gewalt, sie tritt hinter des Gebietshoheit nur soweit zurück, wie die allgemeine öffentliche Ordnung des Auslandsstaats das fordert. Die

quale la signoria di ciascuno Stato potrà, anche nei rapporti interessanti stranieri, manifestarsi come potestà di comando e potestà di costrizione.

L'eccezione di ordine pubblico non mancherà dunque in un sistema ideale di diritto internazionale privato; ma per la costanza del suo manifestarsi, e per la sua rispondenza ad un criterio uniformemente determinato della sovranità, perderà ogni carattere mutabile ed incerto, per acquistare quello ben determinato di un elemento del sistema. L'eccezione si manifesterà ogniqualvolta l'azione legislativa di uno Stato importi conseguenze che costituiscano usurpazione della sovranità di un altro (1), e, nell'uniforme concetto della sovranità, più facile riuscirà al giudice determinarla nei singoli casi particolari. Suo criterio direttivo sarà questo: che la competenza di comando di ciascuno Stato debba ritenersi assoluta, in quanto il suo esercizio non costituisca una invasione nel dominio della sovranità di un altro Stato (2). E tanto più facile riuscirà determinare i casi di tale invasione, quanto più sarà uniforme il concetto della sovranità dello Stato e della somma di diritti essenziali che ne scaturiscono. Ogni norma imperativa dello Stato avrà pertanto quell'ampiezza d'impero, che secondo i principii di diritto internazionale le è assegnata e consentita, in quanto quell'ampiezza d'impero (*Herrschaftsbereich*) non sia, dallo Stato stesso che emana la norma, ridotta per questa in più ristretti confini. Quando un tal caso non si verifichi, l'ampiezza di impero d'una norma legislativa sarà determinata dai principii del diritto internazionale relativi alla sovranità; e in tali principii troverà i proprii limiti in guisa che questi, anzichè di eccezione propriamente detta, acquistino il valore di fattori costanti dell'efficacia territoriale od estraterritoriale delle leggi civili.

Tali limiti si ridurranno alla tutela della sovranità dello Stato, concepita come competenza di comando sul territorio e conservazione della integrità personale dello Stato. Senza dubbio, anche in una tale

Gewalt des Gebietsstaats beschränkt sich völkerrechtlich auf das für seine staatliche Wohlfahrt erforderliche *Minimum*... Soweit es sich um die Pflicht, sich den allgemeinen Normen des Staats entsprechend zu verhalten, handelt, tritt die Personalhoheit des ausländischen von der Gebietshoheit des inländischen Staats zurück... im öffentlichen Recht giebt es keine dürchgehende wahre Rechtsgemeinschaft „.

(1) Pag. 101, 103: “ Eingriff in die Herrschaft über das Gebiet im Sinne einer Objektsmacht „.

(2) L. c., pag. 120, n° 3.

condizione di cose, sarà necessaria la sagacia del giudice per distinguere gli effetti di una legge straniera che offendono da quelli che non offendono la sovranità di uno Stato; ma il giudice troverà nella dottrina stessa della sovranità un criterio sicuro, e dalla uniformità di quella dottrina deriverà un'ispirazione costante ed uniforme della coscienza del giudice, dovunque questo si trovi ed a qualunque paese appartenga (1). È possibile dunque concepire un sistema uniforme di diritto internazionale privato, razionalmente costrutto, indipendentemente dall'arbitrio dei singoli Stati, secondo i principii del diritto internazionale, cui tutti gli Stati son soggetti (*überstaatliches*). In tale sistema le regole relative all'efficacia estraterritoriale della legge civile subiranno bensì eccezioni dipendenti dalla tutela dell'ordine pubblico del paese dove quell'efficacia dovrebbe farsi valere. Ma quell'ordine pubblico, per effetto appunto dell'uniforme impero d'una razionale dottrina di diritto internazionale, e d'un conseguente uniforme criterio della sovranità e dei suoi diritti, potrà essere alla sua volta così uniformemente e razionalmente concepito, da diventare fattore costante del sistema, non meno delle regole delle quali sarà destinato a limitare l'efficacia. Ma tale costruzione non può essere attualmente se non che *ipotetica*, poichè presuppone fra gli Stati un identico riconoscimento reciproco di sovranità sul fondamento dell'eguaglianza, ed una comune coscienza del minimo di riserve necessarie a tutelarne l'integrità sovrana.

Nel sistema attuale di convivenza internazionale, quelle due identità mancano del pari. Ciascuno Stato concepisce in modo autonomo ed eventualmente diverso, quali debbano essere i sommi principii del diritto internazionale, quali regole di competenza legislativa debbano scaturirne, e quale minimo d'impero territoriale debba riservarsi alla propria legge in senso positivo o negativo, perchè riesca tutelata efficacemente la propria integrità sovrana. Il diritto internazionale privato uniforme e ideale (*überstaatliches*) è ancora una concezione ipotetica. Alla attuale convivenza degli Stati corrisponde invece un diritto internazionale privato concepito e sviluppato in modo isolato ed autonomo ed eventualmente con risultati

(1) L. c., pag. 102, 103: " Die Unterscheidung, ob es sich um Handlungen der einen oder anderen Art handelt, ist auf dem Gebiet des engeren und eigentlichen Völkerrechts theoretisch freilich nicht dürchgebildet; man entscheidet hier vielmehr von Fall zu Fall, mehr aus dem Gefühl jenes Unterschieds, als aus klarer Erkenntniss heraus..... „.

divergenti nei singoli diritti positivi (*innerstaatliches international-Privatrecht*).

317. — Il diritto internazionale privato ideale (*überstaatliches*) rappresenta una esigenza della ragione pratica, cui dovrebbero uniformarsi le volontà dei singoli Stati. Il diritto internazionale privato vigente (*innerstaatliches*) è un comando concreto che la volontà dello Stato rivolge a tutti coloro che gli sono soggetti, indicando in modo imperativo quali norme di diritto debbano essere applicate. Vi sono dunque tanti diritti internazionali privati concreti quanti sono gli Stati: donde deriva anche una maggior larghezza di criterii applicata da ciascuno Stato, nel concepire e giustificare quelle riserve alla applicazione della legge straniera, che debbano ritenersi imposte dalla tutela della propria integrità sovrana. Lo studio delle regole vigenti nei singoli paesi circa l'applicazione estraterritoriale delle leggi civili proprie e di quelle straniere, permette di raggruppare quelle regole sistematicamente in categorie, e di constatarvi certe particolarità di metodo o di contenuto, che si ripetono in tutte le legislazioni positive. L'esposizione sistematica di tali intrinseche ed estrinseche analogie, costituisce lo studio del diritto internazionale privato concreto (*innerstaatliches*) (1).

Tale diritto, potenzialmente diverso nei varii paesi, presenta maggiori elementi di divergenza rispetto a due ordini di regole, delle quali una varia definizione può mutare del tutto il significato ed il contenuto. L'accordo circa una determinata orbita d'impero riconosciuto allo statuto personale, non sarà se non che apparente se tale statuto resti dipendente secondo un sistema di diritto internazionale privato colla legge nazionale, e secondo il sistema vigente in un altro Stato colla legge del domicilio, e se, dato l'accordo circa la legge nazionale, non perduri lo stesso accordo dei legislatori anche circa le condizioni del suo mutamento.

L'accordo circa l'eccezione di ordine pubblico ammessa come eccezione all'applicazione delle leggi straniere, non sarà che apparente se non si abbia dovunque lo stesso concetto dello Stato, della sua sovranità e delle conseguenti esigenze dell'ordine pubblico. Onde

(1) L. c., pag. 195: " Die Betrachtung der wirklichen Anwendungsnormen weist ferner auf, dass gewisse Inhaltseigentümlichkeiten in allen möglichen positiven Rechtsordnungen wiederkehren: ihre Darstellung von einem die einzelnen Rechtsordnungen ueberragenden Standpunkte, wird deshalb ebenfalls von Wert sein ".

è naturale che tale riserva debba presentarsi con una varietà e con una ampiezza, delle quali mancherebbe la possibilità in un sistema ideale (*überstaatliches*) di diritto internazionale privato. E poichè tali riserve presentano tanta varietà, ed è pur necessario raggrupparle tutte sotto una medesima denominazione, lo Zitelmann preferisce quella generica di *clausola d'eccezione* (*Vorbehaltsklausel*). Questa si manifesta ogni qual volta lo Stato si trovi nella necessità di volere applicato il diritto territoriale anche se non dovesse, secondo le regole ammesse di diritto internazionale privato, essere applicato; o di non voler applicato il diritto straniero, che pur, secondo le regole generali di competenza ammesse nel territorio, si dovrebbe applicare.

La giustificazione delle regole di diritto internazionale privato deriva dalle ragioni della socialità; la giustificazione della clausola di eccezione (*Vorbehaltsklausel*) deriva dalle ragioni della integrità dei singoli Stati. Infatti la società internazionale ha come presupposto il principio che ciascuno Stato debba esercitare il suo potere legislativo in modo tollerabile per gli altri Stati. Quando questa tollerabilità faccia difetto, la tutela dell'integrità sovrana degli altri Stati rende necessario uno strappo a quella comunità di diritto, che deve pertanto eccezionalmente cedere all'impero eventuale d'una clausola d'eccezione. Laonde questa può ritenersi nei rapporti di diritto internazionale privato, elemento complementare indispensabile di ciascun ordine giuridico (1). Importi poi quella clausola eccezionale vigente in uno Stato, l'applicazione esclusiva d'una norma di diritto territoriale, o la esclusione di una norma di diritto straniero; obblighi essa il giudice territoriale a giudicare in rapporti interessanti stranieri secondo un diritto diverso da quello straniero, oppure lo obblighi soltanto ad astenersi da ogni azione rispetto a quel rapporto; quel divieto e rispettivamente quel comando è sempre giustificato dalle stesse ragioni che si manifestano con varia intensità (2). E poichè tali ragioni si collegano coll'esistenza stessa dello Stato, esse potranno risultare per ciascuna legge territoriale, dal significato e dall'importanza che tale legge ha nel sistema di ordine giuridico vigente in quel paese, ben più che dalla ricerca di un arbitrario pensiero del legislatore.

Non colla scorta di un tale arbitrario pensiero del legislatore, che

(1) L. c., pag. 319: " Denn die Vorbehaltsklausel ist für jede Rechtsordnung unentbehrlich ".
(2) L. c., pag. 322-325.

agevolmente si trasformerebbe nei casi concreti nell'arbitrario pensiero del giudice, ma colla scorta delle intime necessità della legge considerata, come voleva il Wächter, nel sistema cui appartiene, si deve cercare pertanto la giustificazione generale delle clausole di eccezione espresse e la necessità di quelle non espresse dal legislatore. Giustificata nella sua origine da regole di diritto pubblico, la clausola di eccezione è, per l'ufficio suo, parte del sistema di diritto internazionale privato; e tanto più uniformemente si manifesterà quanto più uniformi andranno diventando le dottrine di questo, e tanto più dovrà essere riconosciuta nei suoi effetti dagli altri Stati quanto più chiaro apparirà questo suo carattere d'elemento necessario d'un sistema di diritto internazionale privato (1).

La giustificazione generica d'un eccezionale divieto d'applicazione del diritto straniero, deriva sempre da un interesse supremo dello Stato; ma le manifestazioni varie di quel divieto e le rispettive circostanze possono ricondursi, secondo lo Zitelmann, a tre categorie, ciascuna delle quali è dipendente da un diverso supremo interesse dello Stato, o, con altre parole, in ciascuna delle quali l'integrità sovrana dello Stato è interessata da un punto di vista diverso. Il diritto straniero può apparire riprovevole e la sua applicazione apparire esiziale per lo Stato, in ragione del contenuto di quel diritto straniero considerato in sè, cioè indipendentemente da qualunque confronto colle norme corrispondenti del diritto territoriale. In tal caso la disapprovazione assoluta del diritto straniero deriva da una causa morale, ed esso è riprovato come lesivo della moralità e dei buoni costumi.

In altri casi la disapprovazione del diritto straniero deriva da un confronto colle disposizioni corrispondenti del diritto territoriale; è l'antinomia assoluta con questo che, indipendentemente da un giudizio assoluto del suo contenuto, importa la riprovazione d'una norma di diritto straniero e il divieto della sua applicazione. Tale è l'eccezione derivante da una disposizione assolutamente proibitiva della legge territoriale.

Finalmente una norma di diritto straniero può essere riprovata in uno Stato, in ragione della sua antinomia, non già con una disposizione proibitiva del diritto territoriale, ma con un principio di diritto internazionale vigente nel territorio.

Tanto la giustificazione, quanto la partizione di queste clausole

(1) L. c., pag. 329-332.

eccezionali, ricordano d'un lato la regola fondamentale del Wächter (1), dall'altro l'analisi del Bustamante. Il carattere assoluto delle regole di diritto internazionale privato dimostrato dal Bustamante (2) corrisponde alla terza categoria di eccezioni distinta dal Zitelmann. La prima categoria distinta da quest' ultimo corrisponde alla seconda distinta dal Bustamante sotto il titolo delle leggi di ordine morale (3). Ed infine le altre categorie di leggi assolute distinte dal Bustamante, quelle cioè delle leggi d'indole politica, delle leggi relative alla costituzione dello Stato e della società, e delle leggi civili di carattere giuridico e politico (4), corrispondono alla seconda categoria di eccezioni enumerate dallo Zitelmann e determinate da un paragone specifico del diritto straniero colle disposizioni corrispondenti del diritto territoriale e dal carattere proibitivo ed assoluto di queste ultime. Il Bustamante prende le mosse dal carattere assoluto di certe leggi territoriali, lo Zitelmann procura di distinguere le norme di diritto eccezionalmente non applicabili fuori del territorio del legislatore, nonostante un sistema di regole di diritto internazionale privato dal quale parrebbe doverne risultare l'applicazione. Ma i criteri che li guidano, e le giustificazioni e i risultati cui pervengono, son così analoghi, che è possibile raccogliere sotto le medesime categorie, così le leggi territoriali eccezionalmente assolute, come le leggi straniere in via eccezionale non applicabili, che sono state distinte dall'uno e dall'altro.

318. — La principale differenza fra il Bustamante e lo Zitelmann sta in ciò, che il primo eccelle nella analisi e nella enumerazione delle leggi cui si debba attribuire un carattere assoluto, mentre il secondo distingue le leggi di tal fatta secondo categorie più generali, ma in ciascuna categoria giustifica meglio e più rigorosamente la territorialità, il suo modo e il suo grado di intensità. Il Bustamante vede convergere tutte queste leggi di carattere assoluto ad un solo fine, ad eliminare eccezionalmente l'efficacia delle regole normali di diritto internazionale e con quelle l'applicazione delle norme di diritto straniero che ne sarebbe la conseguenza, e ciò per tutelare quel supremo interesse dello Stato che è l'integrità della sua individualità sovrana. Perciò l'eccezione che da quelle leggi assolute deriva, è da lui definita, qualunque sia la categoria di leggi assolute che la deter-

(1) V. sopra, pag. 50.
(2) V. sopra, § 310, pag. 417-420.
(3) V. sopra, § 312, pag. 427-430.
(4) V. sopra, §§ 313, 314 e 315, pag. 430-439.

mini, come *eccezione di ordine pubblico*. Lo Zitelmann invece considera l'ordine pubblico come elemento della esistenza morale dello Stato, e ne connette pertanto la tutela colle sole leggi assolute della prima categoria (1).

Il complesso delle eccezioni che derivano all'operare delle regole normali di diritto internazionale privato dalle leggi assolute di ogni categoria, non è da lui ridotto sotto la denominazione generica di *ordine pubblico*, ma sotto quella di *clausola di eccezione* (*Vorbehaltsklausel*). In realtà però quantunque tale denominazione, appunto perchè è più generica, possa apparire più corretta, non v'è fra questa e l'altra una vera diversità sostanziale; ed importa non dimenticare, per evitare confusioni, che l'eccezione di ordine pubblico quale è stata enunciata fino ad ora, e l'espressione *Vorbehaltsklausel*, preferita dal Zitelmann, sono due forme diverse del medesimo concetto e servono ad indicare l'identico ordine di eccezioni determinate dalle medesime cause.

Le eccezioni all'applicazione normale del diritto straniero dipendenti da un motivo morale devono risultare da due elementi: la immoralità della norma di diritto straniero, e la offesa che dalla sua applicazione sia per derivare ai buoni costumi del paese. L'immoralità della regola di diritto straniero deve risultare dalla antinomia della stessa regola coi fondamenti della vita sociale dello Stato; e per determinare tale antinomia si deve ricorrere ad un tipo morale che non sia nè quello individualmente subiettivo del giudice, nè quello particolare della media del popolo o dei migliori, ma piuttosto al criterio morale che corrisponde al concetto del legislatore ideale di quella determinata società. Da ciò deriva che la stessa clausola d'eccezione determinata da una causa morale, anche se sia accolta identicamente nei diritti positivi di più Stati, possa assumere nei rispettivi loro territorii un contenuto del tutto diverso. E ciò perchè essa è bensì il risultato di un criterio assoluto di moralità, ma concepito ed applicato in modo indipendente da diverse individualità di Stato (2).

A definire le leggi di tal natura bisogna partire dal punto di vista di ciascun singolo popolo e del rispettivo ordine giuridico; sicchè

(1) L. c., pag. 335.

(2) L. c., pag. 337: “ In dieser Beziehung muss die Vorbehaltsklausel, auch wenn sie in allen Gesetzgebungen einheitlich darauf geht, dass fremdes unsittliches Recht nich angewendet werden dürfe, in den verschiedenen Gesetzgebungen einen verschiedenen Konkreten Inhalt gewinnen ”.

trattando del diritto internazionale privato da un punto di vista generale, sarà possibile soltanto fornire qualche criterio che serva poi di guida nel determinare la immoralità di una legge straniera in relazione con un particolare sistema di diritto positivo (1).

L'immoralità di una legge straniera può risultare, in rapporto coll'esistenza morale di una società, dall'efficacia della sua applicazione considerata per sè stessa indipendentemente dalle particolarità delle circostanze di fatto nelle quali si manifesta. Per esempio la poligamia, la schiavitù, la prigionia domestica sono, in relazione colla moralità vigente in Europa, istituti immorali per sè; talune prestazioni possono risultare in assoluto contrasto colla moralità di uno Stato determinato; in altri Stati, di prestazioni per sè lecite, è considerato immorale (come per il matrimonio, o l'ingresso in un chiostro) il carattere obbligatorio e cogente della promessa che li riguarda. L'applicazione di altre leggi straniere può essere immorale in un territorio, non per effetto del contenuto di tali leggi considerate in sè, ma per effetto delle circostanze di fatto della loro applicazione (2); ad esempio la legge straniera relativa al regime delle obbligazioni può essere per sè perfettamente morale, ma può essere immorale, in rapporto con uno Stato determinato, un rapporto obbligatorio che da quella legge dovrebbe, secondo le regole normali di diritto internazionale privato, esser regolato. Il misconoscimento di un tale rapporto obbligatorio straniero deve pertanto condurre ad impedire il conseguimento degli scopi immorali di quel rapporto, ma trascenderebbe dai fini che lo giustificano quando reagisse contro gli effetti immorali già derivati da quel rapporto prima che venisse in rapporto col territorio (3).

Dopo aver constatata la immoralità della norma straniera che si dovrebbe applicare, sia in sè, sia in rapporto con una determinata

(1) L. c., pag. 338: " Es soll darum an dieser Stelle nur versucht werden, im Interesse einmal einer zu gewinnenden Uebersicht, und sodann einer Vorbereitung für nachher zu besprechende praktische Verschiedenheiten einiges von allgemeinerem Standpunkte aus Wertvolle zu sagen ".

(2) L. c., pag. 341: " Entscheidend ist immer nur, dass durch die Sanktionierung dieser Rechtsfolge bei diesem Thatbestand, ein unsittliches Lebensverhältniss gefordert wird ".

(3) L. c., pag. 345, 346: " Da nun unser Recht bloss gegen die kuenftige Realisierung der unsittlichen Zwecke, nicht gegen die schon geschehene reagiren wolle, so ergebe sich jene Verschiedenheit der Behandlung von selbst ".

circostanza di fatto, devesi considerare la immoralità connessa colla concreta applicazione di quella norma. Ed a tal fine devono distinguersi tre modi di applicazione, rispetto ai quali può invocarsi una regola di diritto straniero.

Si può accampare una pretesa giustificata immediatamente dalla immorale disposizione straniera che si invoca; sicchè l'applicazione del diritto straniero basti a soddisfare tale pretesa; ed in tal caso non v'ha dubbio che l'applicazione della legge straniera dovrà essere impedita, e in ogni modo non ne saranno riconosciuti gli effetti che dovrebbero prodursi nel territorio.

L'applicazione della disposizione straniera considerata in uno Stato come immorale può anche esservi invocata per la decisione di un punto di diritto pregiudiziale ad un'altra questione che debba decidersi nel medesimo Stato. Tale sarebbe il caso quando si dovesse decidere dell'esistenza di un diritto successorio preteso da un coniuge o da un figlio, e non immorale in sè, e quando l'esistenza del matrimonio o della paternità, dal quale o dalla quale quel diritto successorio dipenderebbe, dovesse constatarsi positivamente o negativamente secondo le leggi di quella specie vigenti in un altro Stato. Se l'applicazione della legge straniera e la condizione di diritto che ne deriva, si manifesta per la prima volta, dopochè il rapporto delle persone interessate col nostro territorio, è già formato, quella condizione di diritto insieme con tutte le sue conseguenze deve considerarsi nel nostro territorio come se non fosse mai esistita (1). Se invece la condizione giuridica la cui esistenza riconosciuta dovrebbe essere, in un territorio, condizione pregiudiziale dell'esistenza di altri diritti o rapporti giuridici, si è completata legalmente in altro territorio, mentre non v'era ancora alcuna connessione fra le persone interessate od il rapporto in sè ed il nostro territorio, e l'efficacia della corrispondente norma di diritto straniero si è completamente manifestata prima che tale connessione col nostro territorio esistesse, bisognerà ricercare e distinguere se quelle conseguenze giuridiche di una

(1) L. c., pag. 357, 358: " Ist die unsittliche Rechtswirkung dem fremden an sich massgebenden Gesetz gemäss erst eingetreten, nachdem bereits die Beziehung zu unserem Territorium geschaffen war, so sehen wir sie von vornherein als niemals giltig gewesen an. Der unsittliche Vertrag existirt für uns nicht, die unsittliche Obligation ist nicht entstanden, die unsittliche Scheidung erkennen wir nicht an, und das bezieht sich auch auf alle Folgefragen, für die etwa die Giltigkeit jener Rechtswirkung vorentscheidend sein könnte ".

condizione di fatto in antinomia colla nostra legge, siano alla loro volta, rispetto a questa, immorali soltanto nel loro primo prodursi e manifestarsi od anche nel fenomeno indefinito della loro durata.

Nel primo caso, essendosi verificato all'estero tutto quanto nel nostro territorio si considera immorale ed essendone risultata pure all'estero una condizione di fatto e di diritto che per sè stessa non è immorale in rapporto coi concetti fondamentali della nostra legge, non v'è alcun motivo di limitare l'applicazione del diritto straniero; e la condizione di fatto e di diritto prodottasi all'estero sarà riconosciuta fra noi con tutte le sue conseguenze. Nel secondo caso l'operare delle conseguenze mediate della legge straniera ed immediate della condizione di fatto e di diritto prodottasi all'estero, dovrà essere limitato e vietato per tutto il periodo di tempo durante il quale sussiste quella connessione col nostro territorio, riconoscendo invece la piena efficacia del diritto straniero e delle sue conseguenze per tutto il tempo anteriore e successivo al rapporto di quelle persone e dei loro vincoli giuridici col nostro territorio (1).

La distinzione poi dell'efficacia singolarmente o continuatamente immorale di una norma di diritto straniero e della sua applicazione, sarà più difficile quando si tratti di formazione di rapporti e più facile quando si tratti del loro scioglimento. In quest'ultimo caso la condizione di diritto che ne risulta sarà misconosciuta come immorale soltanto se si sarà prodotta durante la relazione delle persone cui quel rapporto si riferiva col nostro territorio. Se invece quello scioglimento le cui cause ammesse dalla legge straniera son giudicate immorali secondo la legge nostra, si fosse prodotto all'estero, per effetto appunto d'una di quelle cause, prima che alcun nesso ne esistesse col nostro territorio, la condizione di diritto che ne risulta sarà riconosciuta come legalmente esistente anche fra noi e potrà essere invocata come condizione pregiudiziale di altri diritti o rapporti. Se il divorzio è pronunciato all'estero fra due stranieri mentre essi od uno di loro risiede in paese dove il divorzio è vietato, tale divorzio sarà considerato in quest'ultimo paese, secondo lo Zitelmann (2), come destituito di effetti giuridici, e non invocabile come condizione pregiudiziale

(1) L. c., pag. 358: " Von dem Augenblick aber, in dem die Beziehung zu unsrem Gebiet eingetreten ist, und für die Zeit da sie vorhanden ist, gilt der Rechtszustand, seiner Unsittlichkeit halber für uns nicht mehr als vorhanden ".

(2) V. pag. 358, 359.

della legalità di altri rapporti dei divorziati fra loro o con terzi. Ma se il divorzio fosse già seguito all'estero fra stranieri, quando questi vengono, come già divorziati, in un paese dove il divorzio sia vietato, i giudici di quest'ultimo paese dovranno riconoscere la piena efficacia di quel divorzio; nè vi sarebbe per quest'ultimo paese verun interesse di non applicare in tal caso il diritto straniero, dal momento che quando comincia il rapporto di quelle persone divorziate col territorio di quello Stato contrario al divorzio, il divorzio è già un fatto compiuto, e lo stato libero che ne è già derivato non può più considerarsi per sè come immorale (1).

Quando la condizione di diritto non è negativa e relativa allo scioglimento d'un diritto, ma positiva e si riferisce all'acquisto d'un diritto, e non solo il modo di acquistarlo, ma il diritto stesso in sè è immorale ed è immorale il suo sussistere e la sua efficacia, allora può considerarsi come persistente la immoralità della corrispondente condizione giuridica. Una obbligazione considerata in uno Stato immorale per il suo contenuto o per il suo motivo, deve ritenersi non esistente in quello Stato dal momento della connessione di quella obbligazione col rispettivo territorio; ma per il tempo anteriore a quella connessione dovranno esserne riconosciuti anche in quello Stato l'esistenza e gli effetti (2).

Così nei rapporti famigliari, la poligamia di stranieri che siano legalmente poligami secondo il diritto vigente nel loro paese, sarà riconosciuta come stato legale in altro territorio dove la legge vigente vieti la poligamia, per tutto il periodo di tempo anteriore alla connessione delle persone poligame col territorio di quest'ultimo Stato, e tutte le conseguenze della poligamia verificatesi anteriormente a quella connessione vi saranno pure riconosciute come legittime; ma lo stesso stato poligamo sarà considerato come giuridicamente inesistente per tutto il periodo di tempo durante il quale duri la connessione dei poligami stranieri con quel territorio dove viga una legge che riprovi la poligamia ed ogni riconoscimento vi sarà negato a tutte le conseguenze giuridiche derivate dalla convivenza poligama durante quel periodo di tempo (3). Nella qual ripar-

(1) L. c., pag. 359: " Wir haben an der Nichtanwendung des fremden Rechts hier kein Interesse, die Beziehung zu unserem Gebiet tritt eben erst in einem Zeitpunkt ein, indem eine Unsittlichkeit nicht mehr vorhanden ist: die Scheidung war unsittlich, das Geschiedensein ist es nicht ".

(2) L. c., pag. 360-362.

(3) L. c., pag. 362-364.

tizione di conseguenze, lo Zitelmann arriva alla conclusione di riconoscere la legalità dell'unione della seconda moglie dello straniero poligamo, dopo la morte della prima; conclusione che può prestarsi ad una confusione fra la nullità del rapporto straniero immorale ed il riconoscimento di una certa sua validità latente (1), e che forse non corrisponde ai più retti criterii del limite detto d'ordine pubblico e dei suoi effetti rispetto a tali rapporti.

Un motivo di ordine morale può impedire l'applicazione del diritto straniero anche in quanto produrrebbe l'effetto di mettere in moto l'attività costitutiva d'una magistratura dello Stato, come sarebbe nella interdizione o nella emancipazione, nel divorzio o nella dichiarazione di morte. In tal caso non si tratta di decidere circa la legge applicabile ad un determinato rapporto giuridico, rispetto alla quale decisione si suppone eliminato qualunque dubbio, ma bensì di decidere se il magistrato locale debba contribuire colla propria attività all'applicazione della legge ed alla determinazione d'un rapporto di diritto. In tal caso materia del dubbio non è la legge da applicare, nè l'apprezzamento delle conseguenze di una legge già applicata altrove, ma la attiva cooperazione del magistrato locale alla determinazione di un rapporto. Il magistrato locale (2) può e deve considerare non corrispondente alla propria dignità il contribuire alla formazione di uno stato di diritto (*Rechtswirkung*) da esso considerato come riprovevole, anche quando l'intensità di tale riprovazione non sia tale, da indurlo a considerare come nulla per difetto di moralità quella medesima condizione di diritto quando siasi già prodotta all'estero secondo il diritto straniero. L'effetto della riprovazione d'una norma di diritto straniero non è in tal caso l'applicazione di quel diritto fatta nel territorio colla esclusione o colla correzione della sola clausola giudicata immorale, ma si risolve nella mancata applicazione di qualunque norma di diritto e nel rifiuto della cooperazione del magistrato territoriale.

319. — In tutti i casi enumerati finora, l'esclusione eccezionale di quel diritto straniero, che pur dovrebbe applicarsi secondo le regole normali di diritto internazionale privato, deriva dalla riprovazione dello stesso diritto straniero considerato in sè e nel suo significato morale, prescindendo cioè da qualunque confronto colle norme corrispondenti del diritto territoriale. La seconda categoria distinta dallo

(1) Cfr. pag. 365.
(2) L. c., pag. 367.

Zitelmann si riferisce a quelle eccezionali eliminazioni delle norme di diritto straniero che pur si dovrebbero applicare, che son determinate da un confronto fra quelle norme e quelle corrispondenti del diritto territoriale, col quale risultino in assoluta antinomia così da riuscire incompatibili col sistema del diritto vigente nel territorio.

Tali eccezioni sono concretamente indicate in ciascun territorio dalle leggi assolute d'indole imperativa o proibitiva. In questi casi il criterio d'inapplicabilità di quel diritto straniero, che dovrebbe applicarsi in un territorio secondo le norme di diritto internazionale privato che vi sono in vigore, risulta da una comparazione col diritto territoriale, comparazione dalla quale risulti che questo resterebbe offeso da tale applicazione. Anche in tal caso non basta che il diritto straniero sia del tutto disforme da quello territoriale in quanto al contenuto, ma è necessario che l'offesa al diritto territoriale derivi nel caso concreto dall'applicazione di quello straniero, così che questo debba escludersi sia ignorando il rapporto stesso cui si riferisce, sia sostituendo nel regolarlo alla norma straniera quella corrispondente del diritto territoriale.

Non devono confondersi con questi casi quelli nei quali le regole di diritto internazionale privato vigente in un paese impongono l'applicazione della *lex fori;* poichè qui si ha l'impero eccezionale della *lex fori* prevalente, in contraddizione colle regole stesse di diritto internazionale privato vigenti in quell'ordine di rapporti. Tale specie di incompatibilità della legge straniera col diritto territoriale deve risultare dall'assoluto carattere imperativo o proibitivo di quest'ultimo. Se la legge territoriale vieta espressamente l'applicazione di una legge straniera, imponendo o no di sostituirne le disposizioni colle proprie, l'incompatibilità è evidente. In difetto di un divieto speciale, l'incompatibilità può risultare egualmente dal fine della legge; ma in tal caso il determinarla non è altrettanto immune da difficoltà. La volontà del legislatore, che non è stata espressa, può risultare dalla implicita volontà della legge, non connessa colle parole, ma collo spirito di quella e colle circostanze dalle quali la legge stessa è uscita; e può essere determinata seguendo il sistema preferito dal Wächter (1).

(1) V. sopra, p. 50 e 51, e ZITELMANN, l. c., p. 372: " Die Anwendung eines fremden Rechtssatzes verstösst mithin gegen den Zweck des inländischen Rechtssatzes dann, wenn jene *Auslegung* des inländischen Rechtssatzes ergiebt, dass er auch solche Verhältnisse, wie sie an sich dem fremden

Il sistema preferibile è dunque quello di badare alla interpretazione della norma di diritto territoriale per determinare il grado della sua assoluta applicabilità; poichè è naturale che l'applicazione del diritto positivo nell'interno dello Stato dipenda dalle esigenze dell'ordine giuridico specifico che è vigente in quello Stato. Ed il motivo dell'applicabilità assoluta della legge territoriale o dell'assoluta inapplicabilità di quella straniera sarà questo: che in tali casi, più strettamente che non in molti altri, è impegnato l'interesse pubblico, e che vi è più intima la connessione fra l'ordinamento preferito dal diritto territoriale per quei determinati interessi privati, e l'interesse complessivo della società (1). Lo Zitelmann formula poi tre regole che possono guidare nella determinazione di queste leggi di carattere assoluto:

1. Una prima specie di tali leggi è formata da quelle dirette contro rapporti giuridici d'una certa indole; il loro carattere assoluto non dipende dal fatto che la legge abbia o no la forma d'una proibizione; e questa, implicita od esplicita, può riferirsi al rapporto in sè, o ad uno degli elementi o condizioni della sua genesi, così che questa venga ad essere misconosciuta soltanto se manchi la preveduta circostanza indispensabile o se abbia esistito il preveduto impedimento.

Determinate poi queste leggi, l'applicazione del loro divieto può avvenire in due modi: se il divieto riguarda il rapporto giuridico in sè, senza riguardo al luogo della sua formazione, quel rapporto dev'essere considerato in modo assoluto nel territorio come giuridicamente incompatibile; se invece il divieto vigente nel territorio riguarda non il rapporto giuridico in sè, ma la sua causa, allora resterà vietato di conferirvi l'assistenza giudiziaria nel territorio, ma si potrà in questo eseguire la sentenza straniera che sia il risultato di quell'assistenza prestata in altro Stato (2).

Quando poi un rapporto giuridico straniero, o comunque una condizione di diritto prodottasi all'estero, si invochi come questione

Recht unterstehen, beherrschen, ordnen, treffen, *will*, dass er also in Durchbrechung der allgemeinen Anwendungsnormen schlechthin angewendet sein will „.

(1) L. c., pag. 372: “ Gerade aus dieser unleugbaren Thatsache erklärt sich der ewig wiederholte Versuch, das Charakterisierungsmerkmal der unbedingt anwendbaren Sätze in ihrer Inhaltsbeziehung zur öffentlichen Ordnung um dergl. zu suchen „.

(2) L. c., pag. 373-376.

pregiudiziale di altri rapporti, le eventuali eccezioni derivate da leggi territoriali proibitive si applicheranno analogamente a quanto si è detto per le eccezioni d'indole morale (1).

2. Una seconda specie di leggi proibitive è formata da quelle (2) che non vietano certi atti delle parti, ma che proibiscono al giudice o comunque al magistrato nei rapporti civili una certa somma d'attività e di cooperazione che pur sarebbe nell'orbita della propria competenza. Come il magistrato rifiuta, per motivi d'ordine morale, di spiegare un'attività costitutiva, che pur gli competerebbe, quando ne dovesse derivare la formazione di un rapporto immorale, così lo stesso ufficiale pubblico dev'essere obbligato ad identici rifiuti dal divieto della sua legge.

Tale sarebbe nel nostro paese la regola che vieta la ricerca della paternità. Anche qui deve distinguersi però il caso di cooperazione del pubblico ufficiale alla formazione di un determinato rapporto giuridico, nel quale il divieto deve valere in modo assoluto; ed il caso di cooperazione dello stesso ufficiale pubblico a far valere il riconoscimento del rapporto giuridico per sè non vietato nelle conseguenze non illecite di quel rapporto già formato all'estero. In tal caso prevale la tendenza a concedere la cooperazione del magistrato territoriale, mentre lo Zitelmann pur vorrebbe che il giudice potesse declinare ogni, sia pur indiretta, cooperazione.

3. Vi sono poi talune leggi che non contengono proibizioni, ma che affermano o negano una conseguenza d'una determinata condizione di fatto. Anche l'interpretazione di queste leggi può condurre al risultato che debba essere inapplicabile nel territorio ogni norma contraria di diritto straniero, e che in quella vece la norma di diritto territoriale debba conseguirvi un'assoluta applicazione. La determinazione di quest'ultima specie di leggi proibitive è più difficile, poichè esse possono aver tale carattere soltanto in singoli casi, e rappresentano sempre una eccezione che non può essere presunta. Tanto più difficile in tal caso sarà la determinazione di quelle, fra le leggi di tale specie che si debbano considerare come assolutamente territoriali, inquantochè fino all'evidenza del contrario si devono applicare le regole normali di diritto internazionale privato, delle quali quelle leggi sono una eccezione, e d'altronde dalla forma delle

(1) V. sopra, pag. 448 e seg.
(2) L. c., pag. 376, 377.

leggi stesse non deriva un criterio sicuro per distinguerle, nè si segue più l'antico sistema di far prevalere sempre nel dubbio la *lex fori* (1).

La terza categoria di eccezioni distinte dallo Zitelmann è costituita da quei casi nei quali l'applicazione delle norme del diritto straniero, che pur sarebbero applicabili, dev'essere vietata per antinomia col diritto internazionale. Il caso precipuo di tali eccezioni si ha quando il diritto straniero che si dovrebbe applicare, ponga, nei rapporti di diritto privato, gli stranieri in una condizione inferiore ai cittadini e comunque in una condizione che sia in contraddizione coi principii del diritto internazionale.

Non occorre una speciale disposizione proibitiva per escludere l'applicazione di cotali leggi nel territorio; basta la loro opposizione al diritto internazionale che vi è riconosciuto e che vi è in vigore. Tale sarebbe il caso d'una legge straniera che ponesse in condizione d'inferiorità giuridica, o gli stranieri in genere, o gli stranieri d'una determinata fede, o d'una determinata razza, o i singoli stranieri che avessero un litigio con indigeni. In tal caso, nel misconoscimento del diritto straniero si deve andare molto più in là che non avvenga nel caso d'antinomia colla morale vigente nello Stato: poichè si tratta dell'ostacolo più concreto e giuridicamente più energico di un vero diritto positivo di carattere assoluto.

La disposizione del diritto straniero contraria al diritto internazionale, si considererà pertanto come inesistente, o la si considererà così modificata da eliminare quell'antinomia. Ad esempio le inferiorità che molte leggi americane sanciscono a danno degli uomini di colore, o quelle russe a danno degli ebrei, non saranno riconosciute nel nostro paese, e si applicherà nel caso concreto la legge *comune* rispettivamente russa od americana.

E poichè la dottrina di diritto internazionale privato vigente in uno Stato, è un elemento del modo di essere di quello Stato, così quell'eccezione sarà dovunque giustificata per sè, indipendentemente dall'esistenza nella legge positiva d'una clausola di eccezione che esplicitamente la sancisca. In modo più particolare può il diritto straniero trovarsi in antinomia col diritto internazionale, quando lo Stato del quale si dovrebbe applicare il diritto in altro territorio non abbia dato al proprio diritto interno quello sviluppo e quella espressione

(1) L. c., pag. 377, 378.

che sarebbe stato obbligato a darvi dalle disposizioni d'una convenzione internazionale. In tal caso l'altro Stato che avesse stipulato con quello tale convenzione, non sarebbe obbligato ad applicare nella sua integrità il diritto positivo disforme dai termini di tale convenzione, ma avrà il diritto di considerare la stipulazione di questa come parte del diritto straniero, anche se tale diritto effettivamente non vi corrisponda, e di applicare nel proprio territorio come norma di diritto di quel paese, non la norma di diritto interno che effettivamente vi è in vigore, ma quella che vi dovrebbe essere in vigore secondo i termini di tale Convenzione internazionale (1). Tale sarebbe il caso, ad esempio, dei privilegi convenzionali degli stranieri in un paese soggetto al regime delle Capitolazioni, cui non si uniformasse una legge civile di quel paese.

La stessa giustificazione che deriva dagli argomenti suaccennati per la territorialità assoluta delle regole di diritto internazionale in genere, deriva per quelle altresì di diritto internazionale privato. Queste ultime come quelle, anche quando non derivino dalle disposizioni, espressamente stipulate, di un Trattato internazionale, rappresentano un elemento assoluto del diritto di uno Stato. Sono infatti regole assolute della condizione internazionale di uno Stato, e della vita sociale degli Stati, così come le concepisce un singolo legislatore. L'essere esse concepite dalla coscienza individuale e formulate dalla individuale volontà di uno Stato, non diminuisce nel rispettivo territorio il carattere assoluto della loro funzione e del loro contenuto.

Pertanto a tale categoria di eccezioni devono sottoporsi, insieme colle altre leggi straniere che offendono il diritto internazionale, anche quelle che particolarmente sono in antinomia col diritto internazionale privato vigente in un territorio. E da ciò deriva più evidentemente dimostrata la condanna della dottrina del rinvio (2).

320. — Tutto il ragionamento dello Zitelmann circa la riserva eccezionale all'applicazione del diritto straniero (*Vorbehaltsklausel*) è mirabile per metodo e per logica concatenazione, cui appena in qualche particolare (3) non corrisponde. Alla instancabilità della sua analisi, ed alla logica concatenazione delle sue deduzioni, dovea sommamente ripugnare quanto sapesse d'arbitrario; e pertanto egli nega

(1) L. c., pag. 378-380.
(2) V. sopra, pag. 418, 419.
(3) V. sopra, pag. 451 e 452.

in modo assoluto che si possa abbandonare la determinazione concreta di quelle eccezioni all'arbitrio del giudice. « La scappatoia, egli dice (1), cui tanto sovente si ricorre, di voler abbandonata al giudice la decisione, dipende da una indolenza del pensiero teoretico, poichè il giudice non deve decidere a caso, ma secondo i principii; e solo allorquando la dottrina sia proceduta fino a quel punto oltre il quale la possibilità dell'astrazione vien meno e si debbano considerare i momenti del tutto individuali del caso, soltanto allora potrà dirsi che la dottrina abbia esaurito il proprio còmpito (2).

È pertanto evidente non solo secondo la dottrina dello Zitelmann, ma anche secondo le più generali esigenze d'una dottrina in genere dell'ordine pubblico, o, con altro nome preferito dallo Zitelmann, *della clausola eccezionale di territorialità* (*Vorbehaltsklausel*), la necessità di eliminare ogni criterio arbitrario ed accidentale. Anche nel campo delle eccezioni, come in quello delle regole, il giudice deve muoversi non come l'arbitrio del momento lo può ispirare, ma è voluto dai principii (3); e la formulazione di tali principii non è impossibile, poichè si tratta di un problema legislativo che, in condizioni analoghe, si presenta in rapporto con tutti i varii ordini giuridici, ed al quale, considerandolo astrattamente, può essere data dovunque una identica risposta (4). A fornire gli elementi di tali identiche risposte, lo Zitelmann ha dedicato tutte le indagini e le ricerche dianzi riferite.

Tali tentativi teoretici, molto numerosi prima di lui, non gli sembrano però completamente felici (5): ma egli non presume del resto che del tutto felice possa riuscire il tentativo proprio; e riconoscendo

(1) L. c., pag. 320.

(2) L. c., pag. 320: " Sie kann dann nur noch durch Beispiele eine gewisse Wegweisung schaffen, sofern sie nicht (das wäre der guenstigere Fall) bezueglich der Wuerdigung dieser Momente auf andere Instanzen, wie z. B. auf die Lebensanschauung, zu verweisen in der Lage ist ".

(3) L. c., pag. 318: " Diesen Inhalt gilt es zu bestimmen, man muss ein generelles Merkmal zu finden suchen, an dem man erkennen kann, welche Rechtssätze unter jene Ausnahme fallen, und das zugleich die Rechtfertigung fur ihre Ausnahmestellung enthält ".

(4) L. c., pag. 319: " Fur jeden Rechtssatz ist ja Inhalt und Begrenzung aus dem herauszufinden, was er als Glied der gesamten Rechtsordnung vernuenftigerweise bezwecken muss; die zufälligen Gedanken seiner Verfasser bleiben dabei ausser Betracht ".

(5) L. c., pag. 320: " Dass sie die Frage bereits völlig gelöst hätten, wird niemand behaupten wollen ".

che la materia è per sè stessa ribelle ad una formula completa (1), limita il proprio assunto al tentativo di aumentarne alcun poco la precisione (2).

Di tutto ciò bisogna tener conto per aver un concetto esatto della dottrina dello Zitelmann, e per non incolparlo d'una contraddizione colla ripugnanza che egli ha dimostrata d'altronde dall'attribuire troppo larga competenza all'arbitrio del giudice (3). Le due proposizioni di lui che paiono contraddirsi: impossibilità, cioè, di definire completamente ciò che per sè non è definibile (*was bei dem jetzigen Stande der Erkenntniss nicht völlig ausdrückbar ist*), ed impossibilità di abbandonare le applicazioni concrete della eccezione all'arbitrio del giudice (*die Entscheidung dem Richter überlassen*), risultano conciliate fra loro dallo sviluppo che lo Zitelmann ha dato alla propria dottrina.

Il problema delle eccezioni cosidette d'ordine pubblico si presenta in modo analogo in tutti i paesi, e la dottrina ne può essere costrutta in modo generale sulla base di taluni criterii connessi colla integrità sovrana dello Stato; perciò le eccezioni non potranno essere quali il giudice di volta in volta le voglia, ma quali derivino all'indagine di lui come volute dallo Stato e dai suoi supremi interessi. D'altronde di questi supremi interessi è impossibile un'enumerazione così completa e previdente di ogni caso particolare, che al giudice non resti altro da fare se non che applicare le disposizioni della legge, o i risultati specifici d'una dottrina applicata ad interpretarle.

Ciò è possibile nell'applicazione della parte meramente positiva della legislazione dove il legislatore crea e disciplina gli istituti, e determina il modo d'applicazione delle leggi proprie, non nella parte negativa ed eccezionale di un sistema giuridico, nella quale son preveduti casi di eccezionale esclusione degli effetti d'una legge straniera.

Nel primo caso nulla impedisce che il legislatore esprima tutta la propria volontà, ed emani una serie di norme positive che il giudice debba limitarsi ad interpretare ed applicare.

(1) L. c., pag. 319: " Jene Formulierungen sind alle nur ein Stammeln, der mehr oder minder misslungene Versuch eines Ausdrucks für etwas, was bei dem jetzigen Stande der Erkenntniss nicht völlig ausdrueckbar ist ".

(2) L. c., pag. 321: " Es bleibt aber zu fragen, ob es nicht möglich ist, die grosse Entfernung zwischen dem theoretischen Grundsatz und seiner Uebersetzung in die konkrete Wirklichkeit wenigstens noch etwas zu verringern. Einen solchen Versuch machen die folgenden Erörterungen..... ".

(3) V. sopra, pag. 441, 442, 444, 445, 453 e 456.

Nel secondo caso lo Stato, riservando quelle eccezioni all'applicazione delle leggi straniere che son volute dal proprio supremo interesse, afferma l'esistenza di un elemento del diritto concreto che allo Stato stesso riuscirebbe impossibile di determinare particolarmente una volta per sempre con altrettanta precisione. Trattasi qui di un elemento relativo della volontà dello Stato, che è giustificato dovunque dalle stesse ragioni, ma che nella sua estensione e manifestazione specifica può variare di Stato in Stato e di tempo in tempo, come in ragione di tempo e di luogo può modificarsi la manifestazione dei supremi interessi che lo informano e lo giustificano.

L'arbitrio puro e semplice del giudice non potrà dunque essere ammesso come principio informatore dell'eccezione d'ordine pubblico, perchè il giudice dovrà obbedire ai criterii del legislatore ed alle necessità intime delle leggi e del sistema giuridico, cui tali leggi appartengono. Ma non perciò il còmpito del giudice sarà lieve. Poichè lo Stato non può nè prevedere completamente l'estensione eventuale dei proprii supremi interessi, nè enumerare senza ommissioni i casi nei quali tali supremi interessi potranno manifestarsi, è necessario che il giudice completi colla propria indagine quest'opera interpretativa. E pertanto in materia d'ordine pubblico prevarrà nella massima parte dei casi la volontà assoluta dello Stato, così come il giudice la deduce dal contenuto della legge e dal complesso della legislazione rispettiva; e prevarranno gli interessi dello Stato, così come il giudice crede di poterli concepire e connettere colle condizioni essenziali d'esistenza dello Stato stesso.

In tali limiti non può eliminarsi l'azione del prudente arbitrio del giudice; e in tali limiti lo ammette pure, come elemento pratico necessario della dottrina dell'ordine pubblico, lo Zitelmann, come è dimostrato da tutto lo studio da lui dedicato all'esame di quella dottrina.

L'armonia fra leggi territoriali diverse nei rapporti del diritto internazionale privato può risultare da un accordo internazionale, o da leggi particolari concordi, ispirate da una identica dottrina; ma poichè il diritto positivo, al contatto della pratica, manifesta sempre molte lacune, al giudice compete l'applicazione della legge, provvedendo a colmare tali lacune; ed una dottrina uniforme riuscirà soltanto a rendere meno disformi le une dalle altre tali decisioni del magistrato (1). Ma nella condizione attuale del diritto internazionale,

(1) L. c., pag. 6, 7: " Alles in engeren Sinne positive Recht ist lückenhaft, und eine vollkommene und befriedigende Ergänzung dieser Luecken ist nur

come lo Zitelmann stesso riconosce, d'un lato si ammette la necessità dell'azione integratrice d'una dottrina derivata da comuni principii di diritto internazionale, e dell'opera del giudice che tale dottrina applichi alle particolarità dei casi concreti (1), dall'altro non si può negare che in ciascun paese si concepisca da un punto di vista individuale quella che dovrebbe essere la dottrina universale del diritto internazionale, e che ciascun magistrato possa e debba applicare ed integrare tale dottrina potenzialmente universale, prendendo le mosse dai concetti e dagli interessi particolari dello Stato cui appartiene.

Ond'è che alla dottrina dello Zitelmann corrispondono queste due affermazioni contraddicenti apparentemente la sua formula generale contraria all'arbitrio del giudice (2): « al giudice compete una parte importante nell'applicare e nell'integrare le eccezioni di ordine pubblico; dalle diverse attività dei giudici, ispirate dal vario spirito delle legislazioni rispettive, derivano disformità di soluzioni fra Stato e Stato, quanto all'eccezione d'ordine pubblico ed alla sua estensione, non solo in ciò che riguarda gli ostacoli derivanti dal carattere assolutamente imperativo o proibitivo delle leggi rispettive, ma anche in ciò che si riferisce agli ostacoli derivanti da un elemento d'ordine morale ed a quelli dipendenti dall'antinomia d'una legge straniera coi principii del diritto internazionale ».

Ciò è riconosciuto dallo Zitelmann in rapporto con tutte le leggi capaci di provocare l'azione della clausola eccezionale detta comunemente d'ordine pubblico. Così, parlando di quell'eccezione all'applicazione della legge straniera che è giustificata da offesa alla *moralità* che deriverebbe da quest'ultima, egli determina quali debbano essere i caratteri generali d'una legge immorale, ne studia le caratteristiche

möglich, wenn es gelingt, Principien zu finden, aus denen sich die Einzelentscheidungen ableiten lassen. — Die Rechtswissenschaft hat aber nicht bloss das vorhandene Recht zu erkennen, sie soll auch dem kuenftigen Recht vorarbeiten: das vorhandene Recht soll sie nach dem Massstab der Anforderungen, die ueberhaupt an die Zweckmässigkeit oder Gerechtigkeit des Rechts erhoben werden, kritisieren, und, wenn es diesen Anforderungen nicht genügt, Sätze aufstellen, welche ihnen entsprechen würden. So unheilvoll es ist, bestehendes und wünschenswertes Recht mit einander zu verwechseln, so armselig wäre eine Jurisprudenz, die, auf die Aufgabe der Vorarbeit für die Gesetzgebung Verzicht leisten wollte. Gerade auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts tritt diese Aufgabe nun in besonders kräftiger Färbung hervor „. V. anche pag. 16-18.

(1) L. c., pag. 21-25.

(2) V. pag. 441, 442, 444, 445.

nel suo contenuto e nell'indole dell'efficacia pratica derivante dalla sua applicazione; ma riconosce poi che nella determinazione dei suoi caratteri non è dato d'andare più in là, che il criterio di paragone sarà dato in ciascuno Stato dall'ideale di moralità del legislatore rispettivo, e che perciò la medesima riserva di questa specie, accolta identicamente in tutte le legislazioni, vi assumerebbe in ciascheduna un diverso contenuto concreto (1).

Tale contenuto concreto sarebbe nel maggior numero dei casi attribuito alla legge, nel silenzio del legislatore, dalla mente del giudice, il quale soltanto colla guida della propria coscienza giuridica e formulando un giudizio complessivo dell'ordine giuridico del proprio paese, potrebbe elevarsi a quel concetto dell'*ideale Gesetzgeber*, cui dovrebbe far corrispondere, secondo lo Zitelmann, il tipo di moralità informatore delle eccezioni all'efficacia d'una legge straniera.

Quando esamina le eccezioni giustificate dal carattere assolutamente imperativo o proibitivo d'una legge territoriale, eccezioni che appunto per effetto della loro più stretta dipendenza della legge parrebbero capaci di sottrarsi più completamente ad un'iniziativa individuale del giudice, lo Zitelmann si domanda se sia possibile determinare una intima caratteristica (*eine inhaltliche Eigenthümlichkeit, ein Inhaltsmerkmal zu bezeichnen*), che sia comune a tutte le norme del diritto privato suscettibili, facendo eccezione alle regole vigenti del diritto internazionale privato, di escludere l'applicazione del diritto straniero, o di sostituire a questa l'applicazione della corrispondente norma territoriale.

Anche a tale domanda egli risponde negativamente, prevedendo che, anche in avvenire, non sarà possibile di farvi corrispondere una risposta affermativa (2), poichè sempre si avranno leggi che, non

(1) L. c., pag. 334-336: " Eine nähere Bestimmung ist kaum zu geben; es kehrt hier dieselbe Schwierigkeit wieder, die in der Lehre wom Gewonheitsrecht begegnet, wenn es sich darum handelt, das Erforderniss der " Rationabilität " zu bestimmen..... ". Pag. 337: " In dieser Beziehung muss die Vorbehaltsklausel, auch wenn sie in allen Gesetzgebungen einheitlich darauf geht, dass fremdes unsittliches Recht nicht angewendet werden dürfe, in den verschiedenen Gesetzgebungen einen verschiedenen konkreten Inhalt gewinnen ". Pag. 343: " Demnach kann für die Frage, welche Rechtsgeschäfte an sich unsittlich sind, ganz auf das materielle Recht verwiesen werden..... Jede Würdigung des Rechtsgeschäfts vom ethischen Standpunkte aus, ist, und muss sein individuell..... darum kann die Beurteilung auch dort anders ausfallen als hier ".

(2) " Die Versuche nun, einheitlich ein derartiges Merkmal aufzustellen,

escludendo espressamente l'applicazione d'una legge straniera, pur avranno questo divieto implicito nel fine cui emanandole tendeva il legislatore. E poichè tale conseguenza della disposizione legislativa, non è subordinata alla condizione di trovare un appoggio nelle parole usate dal legislatore, ma trascende il significato immediato del testo della disposizione stessa, è al giurista in genere e nei casi contestati al magistrato, che spetta il còmpito di distinguere dalle altre le leggi patrie cui debba riconoscersi tale carattere imperativo e alle quali debba attribuirsi tale conseguenza. Il giurista, nel silenzio del legislatore, dovrà domandarsi: « che cosa deve aver pensato il legislatore dell'applicazione di tale norma da lui sancita, nei rapporti internazionali? ». Ed a tale domanda, quando non trovi indicazioni evidenti nello stesso diritto obbiettivo, dovrà cercare una risposta esaminando le circostanze e le condizioni, nelle quali la legge che egli deve applicare ha avuto origine (1); nè è possibile negare che a tale assunto l'opera del giudice, quantunque debba essere esclusivamente obbiettiva nel fine, pur possa tendere esplicando elementi subbiettivi destinati poi a riflettersi nei risultati (2).

sind bisher nicht geglückt, und können, vie wir glauben, niemals glücken „. V. anche pag. 370 dove riferisce le formule generiche della legge sassone e di quella argentina. § 19 del Codice sassone: " Wenn die Anwendung Ausländischer Gesetze durch inländische Gesetze nach der Vorschrift oder nach dem Zwecke derselben ausgeschlossen ist „; art. 14, n° 2, del Codice argentino: " cuando su aplicacion fuere incompatible con el espiritu de la legislacion de este Codigo „.

(1) L. c., pag. 371, 372: " Was würde, wenn wir als Verfasser des Gesetzes eine einzelne " Durchschnittsperson „ hypostasieren, dieser Gesetzgeber in Bezug auf die internationalrechtliche Anwendbarkeit dieses Rechtssatzes, den er geschaffen, bestimmt haben? Für die Antwort können sich in dem objektiven Recht selbst Anhaltspunkte finden; nicht selten wird man aber die Antwort nur noch aus der Erwägung der Umstände und bestrebungen, unter denen und aus denen das Gesetz erwachsen ist, gewinnen können..... man soll zusehen, ob nicht in dem Rechtssatz selbst eine, direkt freilich nicht ausgesprochene, Kollisionsnorm versteckt sei..... Wohlwollend aufgefasst, sind alle Versuche, den Kreis des immer anwendbaren eignen Rechts durch allgemeine Merkmale zu bestimmen, nichts als Versuche, aus dem Inhalt der einzelnen Rechtssätze heraus Anhaltspunkte für die Auslegung dieser Rechtssätze in Bezug auf ihre Anwendbarkeit zu gewinnen..... Sie verfolgen an sich ein richtiges Ziel; denn das der Grund, warum das Gesetz unbedingt anwendbar sein will, wesentlich in dem Inhalt des Gesetzes liegen muss, darf ohne weiteres angenommen werden „.

(2) L. c., pag. 373: " Aber diese Beziehung ist noch zu unbestimmt, um eine brauchbare Auslegungsregel schaffen zu können. Es fragt sich, ob es möglich ist, mit irgend welchen Sätzen etwas näher zuzugreifen „.

Lo Zitelmann dunque riconosce che anche in quella determinazione ed applicazione delle leggi proibitive rispetto alle quali è possibile che il legislatore fornisca al giudice indicazioni più complete che non rispetto a quelle connesse colla tutela dei buoni costumi, rimane pur sempre, nelle regole positive che il legislatore può sancire e che il giurista può proporre e formulare, una serie di lacune, che possono essere colmate nei casi concreti soltanto dall'opera cosciente del magistrato (1).

A più forte ragione questa azione subbiettiva del giudice deve manifestarsi nella concreta applicazione delle eccezioni della terza categoria, di quelle cioè derivanti da contrasto fra la legge straniera ed una norma di diritto internazionale vigente nello Stato. Se tale norma è sancita da una convenzione internazionale, come nell'esempio citato dallo Zitelmann dei privilegi giurisdizionali attribuiti agli europei in Oriente, o come nel caso dei patti stipulati fra due Stati per l'abolizione reciproca della *cautio judicatum solvi*, il còmpito del giudice sarà più semplice: se si tratta d'applicare un principio di diritto internazionale pubblico o privato espressamente garantito da una disposizione della legge territoriale, tanto più vasto sarà il campo riservato alle indagini del giudice quanto più generica sarà quella formula legislativa; se si tratterà invece di norme di diritto internazionale vigenti presso popoli di un determinato grado di coltura per impero della loro coscienza collettiva, senza che un testo positivo di legge le formuli e le imponga, non è chi non veda quanto resti da fare al giudice, per distinguerle, per verificarne quella rispondenza alla coscienza collettiva, per determinarne l'efficacia, e per scoprirne il nesso con quelle che dovrebbero governare un determinato rapporto di diritto.

Può affermarsi dunque che lo Zitelmann d'un lato ha meglio raggruppato e giustificato le eccezioni d'ordine pubblico che possono

(1) L. c., pag. 374: " Dies ist die Unterscheidung der Verbote je nach ihrem *Zweck;* in ihr liegt die Schwierigkeit; hier bleibt für die Beurtheilung durch dem Richter im Einzelzfall ein weiter, durch abstrakte Erwägungen nicht ausfüllbarer Freiraum ubrig ". E specialmente ciò avviene per le leggi assolute della terza specie (v. sopra, pag. 455-457, e Zitelmann, l. c., pag. 377, 378), delle quali il carattere imperativo o proibitivo non può manifestarsi se non che in casi singolari e rispetto alle quali bisogna " die Versuche aufgeben, irgend welche principiellen Gerichtspunkte, die jene *zwingende Kraft* des eigenen Rechts seines Inhalts halber rechtfertigten, aufzufinden; man gelangt hier zu einem rein negativen Ergebniss ".

impedire l'applicazione delle leggi straniere, dall'altro ha riconosciuto e dimostrato l'esistenza d'un limite fino al quale può procedere nel definirle in via generale o nell'enumerarle il giurista o il legislatore, ed oltre il quale la determinazione e l'applicazione non può esserne fatta se non che dal giudice, applicando con prudente arbitrio quelle regole più generali ai singoli casi concreti.

321. — Da tutto quanto si è venuto esponendo fino ad ora deriva che il concetto fondamentale dell'ordine pubblico si trova nella salvaguardia di quei principii che sono essenziali per l'esistenza di uno Stato considerato in rapporto col carattere peculiare della personalità e della finalità che gli sono proprie. La giustificazione giuridica dell'ordine pubblico deriva pertanto da quel diritto di sovranità e di conservazione che è attributo essenziale di ciascuno Stato e che si manifesta in misura proporzionale alla pienezza della sua indipendenza politica.

La manifestazione dell'ordine pubblico si effettua colla attribuzione di una autorità, rispettivamente imperativa od inibitoria, ma in entrambi i casi assoluta, alle leggi che appartengono alla sua categoria; autorità imperativa assoluta in quanto il loro comando si impone in modo assoluto a tutti, cittadini e stranieri; autorità assolutamente inibitoria, inquantochè da quel comando resta esclusa la efficacia di qualunque contraria manifestazione di volontà individuale e di qualunque contraria disposizione di legge straniera. A questa sua duplice efficacia attinge tale limite d'ordine pubblico, che non riguarda i soli nazionali, la qualificazione di internazionale, in opposizione a quella di interno. E ciò non già (come erroneamente si è creduto da taluno parlando dell'ordine pubblico quale è comunemente concepito, e come si è detto a proposito d'altre norme dal Kahn, secondo una diversa terminologia) perchè si attribuisca a tale limite ed alle disposizioni di leggi che vi corrispondono, un carattere universale, quanto al contenuto, ma perchè trattasi di una legge nazionale vigente in uno Stato determinato, la quale, per motivi di ordine pubblico, deve valere nel territorio di quello come assoluta ed esclusiva di ogni altra legge, anche nei rapporti internazionali.

Se si considera l'ordine pubblico internazionale in rapporto coll'ordinamento giuridico di un singolo Stato, non si potrà attribuirvi carattere eccezionale. Infatti nel sistema di diritto internazionale privato vigente in un territorio, l'elemento limitativo rappresentato dall'ordine pubblico entra come un fattore non meno essenziale di quello

che non sia qualunque altra regola di diritto internazionale privato vigente nello stesso territorio e favorevole all'applicazione della legge straniera. Ma sotto un altro punto di vista non potrebbe negarsi che il limite d'ordine pubblico presenti un certo carattere eccezionale.

Se infatti lo si esamina in rapporto col sistema di diritto internazionale privato considerato in generale come un complesso di regole dottrinali, e non in particolare relazione col diritto positivo di uno Stato determinato, quel limite giuridicamente si distingue da tutte le altre regole del sistema. Queste sono regole positive o negative ispirate dal concetto della competenza legislativa determinata da quella che si potrebbe chiamare l'indole tecnica dei singoli diritti o dei singoli rapporti giuridici; quella invece è una regola negativa dell'applicazione della legge straniera ispirata esclusivamente dai diritti supremi dello Stato. Le prime regole si possono concretamente formulare in modo uniforme; l'altra non può determinarsi se non in rapporto col modo particolare di essere di uno Stato determinato; nè si può formulare più che uno dei due termini del rapporto dal quale la sua determinazione potrà derivare nei casi concreti. Per tali ragioni, relative alla parte che ha il limite d'ordine pubblico nel sistema generale del diritto internazionale privato, ed alla imperfetta possibilità di uniformemente determinarlo, non potrebbe del tutto negarsi il suo carattere eccezionale.

L'impero della legge di ordine pubblico è assoluto ed esclude la efficacia di ogni disposizione di legge straniera che sia in contraddizione con quella. Da tale punto di vista non è errato definire le leggi d'ordine pubblico come territoriali. È vero che, tenuto conto della estensione di efficacia che intende attribuire a tali leggi il legislatore oltre i limiti del territorio; ed alla efficacia d'ordine espansivo e riflesso che possono a vicenda avere nel territorio del legislatore rispetto a persone non appartenenti allo Stato e per atti compiuti fuori del territorio, e nel territorio degli altri Stati rispetto al riconoscimento ed all'applicazione delle loro conseguenze, potrebbe dirsi che il carattere territoriale non sia così proprio delle leggi di ordine pubblico, come è il carattere assolutamente proibitivo ed inibitorio. Ma se è vero che l'assoluta territorialità non è caratteristica delle sole leggi di ordine pubblico quanto alla manifestazione concreta dei loro effetti, è vero però che tali leggi sono astrette ad un'assoluta territorialità quanto ai principii che le giustificano, quanto alla volontà che le determina, quanto alla possibilità di farsi valere ed all'indole dei

diritti che devono tutelare. La definizione dell'ordine pubblico è territoriale perchè è legalmente quella che lo Stato, nel proprio arbitrio assoluto, ha voluto concepire e determinare; e quando il legislatore siasi limitato ad una formula generica, o non siasi espresso del tutto, l'attribuzione di talune sue leggi alla categoria dell'ordine pubblico, sarà fatta dal giudice secondo i principii della conservazione degli Stati, concretamente definiti alla lor volta secondo le peculiari esigenze dello Stato cui il giudice appartiene.

L'efficacia della legge di ordine pubblico non può farsi sentire fuori del territorio del legislatore per pura virtù della volontà di questo, ma non potrà manifestarsi, a più forte ragione di quello che avvenga per le altre regole di diritto internazionale privato, se non che colla adesione della volontà dello Stato nel cui territorio quella legge straniera di ordine pubblico dovrebbe farsi valere. Sicchè nessuna efficacia espansiva o riflessa di una legge di ordine pubblico può farsi manifesta in un caso concreto, senza l'attiva cooperazione di un'altra volontà sovrana, senza cioè che nello Stato, nel cui territorio l'effetto espansivo o riflesso d'una legge straniera di ordine pubblico deve manifestarsi, prevalga nella stessa materia un concetto perfettamente identico dell'ordine pubblico e delle sue conseguenze.

Può dirsi dunque che la efficacia della legge di ordine pubblico non è di necessità esclusivamente territoriale nella sua manifestazione, ma è tale nella sua potenzialità; quella legge è di per sè suscettibile di qualche effetto estraterritoriale, ma sono rispettivamente territoriali quelle superiori volontà sovrane dei singoli Stati, che tale efficacia oltreterritoriale rendono possibile. Tale è dunque il carattere del limite di ordine pubblico e della disposizione di legge che vi corrisponde: ispirato dalle supreme ragioni dello Stato e della sua conservazione; definito, dal giudice in caso di silenzio del legislatore, relativamente a tali peculiari finalità; assolutamente imperativo ed inibitorio nella sua manifestazione eccezionale in relazione ai principii di diritto internazionale privato vigenti in ciascun territorio; è territoriale quanto all'autorità ed alla competenza di comando che spetta alle singole sovranità, per imporne o per tollerarne l'osservanza in ciascun singolo territorio.

322. — Il limite di ordine pubblico è universale, in quanto non potrebbe immaginarsi uno Stato, per quanto liberale pur fosse nell'ammettere l'applicazione delle leggi straniere nel proprio territorio, che, senza compromettere la propria integrità personale, potesse in

tutto rinunciarvi. Ma è particolare per ciò: che nel territorio di ciascuno Stato si deve tutelare soltanto l'ordine pubblico di quello Stato, e determinarlo, come dice il Jitta, prendendo le mosse esclusivamente dai concetti fondamentali del suo legislatore (1). Vi sono disposizioni di legge il carattere assoluto delle quali può risultare piuttosto dalla materia che non dalla forma delle disposizioni; e d'altronde il legislatore, quando pur formuli la riserva dell'ordine pubblico, si attiene ad una formula generale, ed anche nel di lui silenzio quella riserva risulta dai necessarii rapporti delle cose, sicchè un campo più o meno vasto di indagine e d'iniziativa, rimane in ogni paese, rispetto a tale determinazione, al magistrato.

Il cittadino che risiede in patria trovasi in un rapporto assai chiaro di soggezione, verso la legge del proprio paese: talune leggi s'impongono assolutamente alla di lui volontà, altre lasciano a tale volontà la facoltà di esplicarsi entro certi limiti.

La persona che risiede in uno Stato diverso da quello cui appartiene si trova invece in cospetto di tre gruppi di leggi civili: quelle cui può uniformare i proprii atti se così gli talenta; quelle che a lui non si possono in alcun modo applicare, come sarebbero, ad esempio, le leggi relative a certe funzioni professionali, od autorità familiari riservate ai cittadini; e quelle leggi infine che deve del tutto osservare come le osservano i cittadini, finchè risiede nel territorio. Di quest' ultima categoria, l'enumerazione, quando il legislatore non l'abbia fatta, non è così chiara da non dar luogo a verun dubbio; e nessuno, all'infuori del magistrato, ha l'autorità necessaria a risolvere tali dubbii nei casi concreti.

L'individuo residente in patria si trova pure in un vario rapporto verso le leggi degli altri paesi che, in relazione a lui, si possono distinguere in tre categorie: quelle che non lo obbligano punto, quelle che possono eventualmente applicarsi in altro paese ai di lui beni colà situati ed agli atti da lui realizzati od eseguiti in quel territorio; e finalmente quelle le cui sanzioni gli si impongono in modo assoluto, specialmente in riguardo a certi atti punibili, anche se non siasi mai trovato nel territorio dove quelle disposizioni sono in vigore. In queste due ultime categorie si manifesta la maggiore varietà di concetti vigenti rispettivamente nell'uno e nell'altro Stato, varietà talora esplicitamente manifesta nelle disposizioni dei legisla-

(1) Jitta, l. c., pag. 173 e 174.

tori, talora attinta nello spirito delle leggi patrie dal criterio della magistratura.

Chi risiede all'estero può distinguere le leggi del paese cui appartiene in tre categorie: quelle che limitano la propria efficacia al territorio del sovrano che le ha emanate, quelle il cui impero segue il cittadino dovunque si trasferisca e le altre che gli consentono di sottoporre o non sottoporre a suo talento, anche essendo all'estero, certi atti proprii alle leggi patrie. La distinzione di queste tre categorie di leggi compete allo Stato che le ha emanate, e in quello e per quello alla magistratura, la quale, secondo i criterii già accennati, potrà ascrivere una o più leggi alla seconda categoria; ma l'efficacia pratica di tale definizione sarà nulla, in quanto debbasi farla valere in altro territorio, se in quest'ultimo lo Stato in genere, e in ispecie, nel silenzio della legge, la magistratura, non si attenga ai medesimi criterii ed alla stessa definizione.

In tutti questi casi compete potenzialmente al legislatore dei singoli Stati, e spetta in concreto, nel silenzio di quello, alla magistratura rispettiva, il ricercare e l'applicare in tutti i suoi aspetti e con tutte le sue sfumature il limite d'ordine pubblico. La latitudine lasciata al magistrato in tale argomento, nella condizione attuale del diritto internazionale positivo, non è tanto un difetto che possa farsi oggetto di critica, quanto una necessità che è d'uopo constatare.

Diversamente giudica il von Bar, che dopo aver notato (1) come il Fiore ed il Weiss rinuncino ad una precisa caratteristica delle leggi di ordine pubblico internazionale e vogliano abbandonare le concrete indicazioni al criterio del giudice, soggiunge: « Das ist doch eine Insolvenzerklärung der ganzen Theorie..... Man kann, indem man eine Theorie aufstellt zwar einzelheiten einstweilen dem richterlichen Ermessen zuweisen, nicht aber ein Grundprinzip selbst ». Laddove si può osservare che non è il *Grundprinzip* che si lascia al prudente arbitrio del giudice, ma bensì le applicazioni di quel *Grundprinzip* immutabile alle mutevoli condizioni dello Stato. A quella stessa guisa che il principio della tutela della integrità fisica dell'uomo e della di lui salute, non può applicarsi nei casi concreti se non che adattandolo coll'opera dell'esperienza medica all'età ed alla resistenza dei singoli individui, cioè ai bisogni ed alle esigenze particolari di quella integrità.

(1) Von Bar, op. cit., vol. I, pag. 99, 100, e nota 15.

Del resto lo stesso von Bar, dopo aver distinto le leggi e gli istituti stranieri dagli effetti che se ne manifestano nel territorio, ed avere ristretto a questi ultimi il limite di ordine pubblico (1), ammette che l'applicazione concreta del criterio così definita debba essere lasciata al prudente arbitrio del giudice (2). Il che mentre implica il riconoscimento della impossibilità di enumerare nella legge tutti i casi di ordine pubblico, concorda d'un lato colla distinzione dell'ordine pubblico interno da quello internazionale fatta dal Brocher, dall'altro coi criterii del Fiore (3) circa la limitazione dell'efficacia inibitoria dell'ordine pubblico agli effetti concreti delle leggi e degli istituti stranieri in opposizione col diritto pubblico e cogli interessi dello Stato (4). E nel tempo stesso, dopo aver concepito (d'accordo cogli altri autori testè citati) la definizione generica del limite d'ordine pubblico, ed ammessa l'inevitabile competenza del giudice nelle sue concrete applicazioni, egli riconosce che così facendo non si cade, come aveva affermato prima (5) in una *Insolvenzerklärung* della dottrina dell'ordine pubblico, ma si ricorre alla sola autorità competente a decidere in quali casi si debba far eccezione, per un interesse supremo dello Stato, alle regole normali del diritto privato internazionale (6).

(1) Von Bar, l. c., vol. I, pag. 128-130: " Unsere Rechtsordnung und unsere Gerichte dürfen sich nicht dazu hergehen *unmittelbar* Rechtsverhältnisse oder Rechtsausprüche zu realisiren welche von der einheimischen Gesetzen als unbedingt verwerfliche betrachtet werden ".

(2) L. c., pag. 130: " Wenn die Frage in dieser Weise begrenzt wird, ist es auch möglich, die Entscheidung der Einzelnen Fälle, welche *a priori* aufzuzahlen unausführbar sein würde, dem richterlichen Ermessen zu überlassen ".

(3) V. sopra, pag. 264.

(4) Perciò approva l'art. 8 delle Risoluzioni di Oxford dell'Istituto di diritto internazionale e più ancora l'art. 14 del secondo progetto di revisione del Codice Belga, ed arriva dal canto proprio a preferire la seguente formula (pag. 132): " Die Anwendung auswärtiger Rechtsnormen ist insoweit ausgeschlossen, als sie dazu dienen würde, im Gebiete des Staates Rechtsverhältnisse zu verwirklichen oder Handlungen und Leistungen zu erzwingen, welche nach der Gesetzgebung des Staates daselbst nicht geduldet, beziehungsweise daselbst nicht erzwungen werden sollen ". La qual formula se da un lato merita ogni lode, ed è, come vuole il von Bar (pag. 131, nª 3), tanto migliore quanto più semplice; dall'altro conferma il riconoscimento della necessità di limitarsi alla sanzione generica del principio lasciandone le applicazioni al prudente arbitrio del giudice.

(5) V. pag. 99, 100, nª 15.

(6) Von Bar, l. c., pag. 130: " Es handelt sich nach unserer Ansicht ja nicht um ein fundamentales Prinzip des internationalen Privatrechts,

Del tutto facile riesce il rispondere al Boissarie (1) che condanna la facoltà di apprezzamento lasciata ai tribunali, come se tendesse a dimostrare la inutilità della codificazione ed a far della coscienza del giudice la suprema origine della giustizia.

L'affermazione del Boissarie è anzitutto esagerata, perchè non si tratta già, secondo quel concetto, di abbandonare la determinazione del criterio e dei limiti dell'ordine pubblico all'*arbitrio* del giudice, ma al *prudente arbitrio di lui* ispirato e diretto da criterii determinati. Nè quell'affermazione corrisponde alla possibilità, perchè essendo indiscutibili certi supremi interessi dello Stato e non essendo stato sempre esplicito il legislatore nel definirli e nel tutelarli, non resta che affidarne il còmpito al giudice deliberante, secondo quei principii generali del diritto che sono elementi integratori indispensabili della parola del legislatore. Ciò non volendo ammettere, si incorre, come è incorso appunto il Boissarie, nell'erronea conseguenza di troppo limitare l'esistenza delle eccezioni di ordine pubblico e non si corrisponde più nè ai necessarii rapporti delle cose, nè alla concreta realtà nella quale i rapporti di diritto internazionale privato si manifestano.

Ciò riconosce invece il Pillet che ammette come essenziale alla esplicazione del limite d'ordine pubblico l'azione, delimitata dai criteri suaccennati, del giudizio indipendente del magistrato. Tale facoltà è, a di lui avviso, una conseguenza del carattere nazionale e territoriale del limite d'ordine pubblico considerato in rapporto coll'esistenza peculiare di ciascuno Stato. Se sotto tale rispetto il giudice deve applicare il diritto positivo dello Stato, e null'altro che quel diritto positivo, ne deriva infatti di necessità che debba procedere in tale applicazione con quei criterii critici e razionali che gli sono di ausilio nell'applicazione di ogni altra parte del diritto positivo dello Stato.

È giusto che non si lasci al giudice un arbitrio assoluto in tale argomento, come pure taluno preferirebbe (2), e che si assegnino al di lui criterio i limiti, sian pure generici, di una definizione (3). Ma quando pur tale definizione nella legge non faccia difetto, resta sempre

sondern nur darum, einige — unter Nationen, die auf annähernd gleicher Kulturstufe, selten vorkommende — Ausnahmsfälle zu entscheiden „.

(1) Boissarie, l. c., pag. 109.

(2) Cfr. sopra, pag. 259.

(3) Cfr. sopra, pag. 261.

inevitabile, nella impossibilità di una casistica completa elaborata dal legislatore, un certo grado di mobilità consentito alle applicazioni che sarà per farne il magistrato (1). E tale iniziativa sarà senza dubbio tanto più ampia, di fronte a necessità che non mutano, quanto meno copiose ed analitiche saranno state le disposizioni del legislatore.

A tale proposito il pensiero più retto e più rettamente espresso par quello del Despagnet (2). Dopo aver notata la disformità che ancora esiste fra i varii Stati circa i concetti informatori del rispettivo ordine pubblico, e dopo aver ricordata l'impossibilità d'una formula assoluta di tale concetto relativo, egli riconosce che ogni formula dell'ordine pubblico è soltanto un comando genericamente impartito al giudice di escludere la legge straniera ogni qualvolta questa sia tale da compromettere colla propria applicazione la sovranità dello Stato. Questo comando o questa necessità, la cui espressione non può essere, di regola, se non che molto vaga, diventerà in ciascuno Stato ed in ciascun caso concretamente precisa, « a condizione d'essere chiarita con uno studio profondo della legislazione, del suo spirito e di ciò che si potrebbe dire la intenzione del legislatore in rapporto con quelle idee generali che la legge, i costumi, la religione, lo stato politico ed economico, devono far considerare in ciascun paese come condizioni indispensabili dell'ordine pubblico ». Egli non dimentica però di determinare del tutto il suo pensiero, affermando che il magistrato (3) non deve di proprio arbitrio e secondo assoluti criterii dottrinali giudicare se una legge dello Stato interessi l'ordine pubblico, ma soltanto ricercare se quella legge appartenga, *secondo il pensiero del legislatore*, alla categoria dell'ordine pubblico. Con tale distinzione è segnata l'orbita all'arbitrio del giudice, nella quale possa muoversi per effettuare il pensiero del legislatore senza sostituire mai alla volontà di lui la propria volontà. E tanto più necessaria sarà quest'azione del giudice in quanto si tratterà di determinare di caso in caso quando le conseguenze d'un istituto che in sè è contrario all'ordine pubblico di uno Stato, possano considerarsi tollerabili dall'ordine pubblico di quello Stato (4).

(1) Cfr. sopra, pag. 265, 266 e 270, 271, e Lainé, *Considérations sur le droit int. privé, à propos d'un livre récent: La synthèse du droit int. privé de M. Vareilles Sommières* (*Revue critique de législation et de jurisprudence*, juin 1900, pag. 372).

(2) Despagnet, *L'ordre public*, ecc. (*Jour. de dr. int. pr.*, 1889, pag. 16-21).

(3) V. pag. 19-21.

(4) Despagnet, l. c., pag. 216.

Anche dopo la stipulazione di Convenzioni generali di diritto internazionale privato, la parte del magistrato nell'applicazione concreta dei limiti di ordine pubblico, resterebbe sempre molto importante, fino a che i singoli Stati, non compresi nella utopistica federazione di uno Stato universale, conservassero individualità di vita e corrispondente iniziativa di legislazione e particolarità e mutabilità di interessi e di aspirazioni. Una legge potrà cadere nella categoria dell'ordine pubblico cui prima non apparteneva, per lo svilupparsi di un grave interesse dello Stato in rapporto colla materia di quella legge; uno Stato potrà trovarsi sempre nella necessità di emanare una nuova legge assolutamente obbligatoria circa un determinato argomento. L'una e l'altra eventualità non sarebbero escluse nemmeno nel caso, del resto improbabile, di una Convenzione generale di diritto internazionale privato, che eliminasse, in un determinato momento, nei rapporti fra due o più Stati, ogni incertezza circa l'applicazione del limite di ordine pubblico.

323. — Che sia così, è un bene anzichè un male. Il diritto internazionale in genere, ed in ispecie il diritto internazionale privato, devono rappresentare l'unità nella varietà, anzichè l'uniformità cristallizzata. Se questa si raggiungesse, molti conflitti sarebbero evitati, ma molti beni sarebbero perduti, con danno ben maggiore di quello rappresentato dai conflitti eliminati. Perchè infatti il limite di ordine pubblico non desse luogo a veruna disformità di soluzioni da Stato a Stato, ed a veruna incertezza di applicazioni e di modalità nella sua applicazione nei singoli territorii, sarebbe necessario che la legislazione di ciascun paese nel tempo stesso arrivasse ad una casistica così minuta e completa, da provvedere alla decisione di ogni possibile eventualità. Quando pur ciò fosse materialmente possibile, ne deriverebbe un abbassamento intellettuale della magistratura. Ciò poco importerebbe se all'applicazione dell'intelletto del giudice si fosse in tutto sostituita la previdenza lel legislatore. Ma appunto ciò non sarebbe possibile.

La casistica delle leggi e delle convenzioni internazionali provvederebbe per un determinato momento storico, fuggevole nel tempo, fuggevole del pari nelle esigenze e nelle aspirazioni che lo accompagnano. I concetti relativi ai diritti familiari possono mutare in uno Stato per tal guisa da farvi ritenere la legge che vieta il divorzio non più d'ordine pubblico, ma di carattere personale; in un altro Stato così da farvi considerare d'ordine pubblico internazionale la legge

che lo ammette; uno Stato di vasto territorio e di popolazione rara, muterà i suoi concetti circa il latifondo e circa il diritto di successione, quando avrà una popolazione più densa; e certe leggi relative alla proprietà alla sua trasmissione ed ai suoi modi di possesso e di frazionamento, potranno interessare o non interessare l'ordine pubblico di uno Stato secondo che questo sviluppi od abbandoni certi principii d'ordinamento costituzionale democratico. Mutano le esigenze economiche e in parte anche quelle morali della vita di uno Stato; mutano con quelle le sue esigenze politiche e il sistema del suo diritto privato; e colle une e le altre mutano l'essenza e l'intensità del suo ordine pubblico internazionale (1). Nessuna Convenzione, fosse pure elaborata colla casistica più completa, potrebbe provvedere più oltre che al momento storico della stipulazione. Nessuno potrebbe impedire che la codificazione internazionale dell'ordine pubblico si turbasse poi per divergenti esigenze e disforme sviluppo dei varii Stati: e che in questi rispettivamente tali mutazioni fossero avvertite dalla magistratura, secondo i principii generali del diritto accolti e riconosciuti nel rispettivo territorio. E ciò che pur dovrebbe accadere, anche nell'ipotesi di una codificazione generale del diritto internazionale privato, a più forte ragione deve avvenire nel sistema attuale, per effetto del silenzio o delle disposizioni generiche dei legislatori e delle codificazioni nazionali.

L'ordine pubblico rappresenta quello che si potrebbe chiamare l'elemento particolare ed individualista irriducibile del diritto internazionale privato. Gli Stati appartengono tutti alla società giuridica internazionale, ma la loro esistenza non è così completamente subordinata a tale società, che ne resti soppressa la loro indipendenza e la loro individualità. Ciascuno Stato riconosce un grado maggiore o minore di applicabilità nel proprio territorio alla legge straniera; ma tale riconoscimento resta sempre subordinato alla riserva che l'applicazione di quella legge non offenda lo Stato medesimo in uno dei diritti od interessi supremi che completano la sua indipendenza od integrano la sua individualità. Anche qui apparisce evidente la verità di un'osservazione che ho più volte ripetuta (2), che cioè il diritto internazionale pubblico e quello privato sono due sistemi

(1) V. Despagnet, *L'ordre public* (*Journal* cit., pag. 216, cap. V), e Lainé, *Revue critique* cit., vol. XXIX, pag. 356, 357.
(2) V. vol. I, cap. II, e sopra, pag. 214, n. 2, e 217-219.

distinti, ma non divisi ed estranei l'uno all'altro; che una sola è la suprema ragione di entrambi: la coesistenza giuridica cioè di tutti gli Stati indipendenti nella società internazionale.

Da questa ragione suprema del diritto internazionale privato è giustificato il limite di ordine pubblico e deriva la sua stessa esistenza. Dall'indole di quel limite e dall'analisi dei due termini del rapporto da cui risulta, è dimostrato anche il carattere necessariamente generico della sua definizione, la sua potenziale diversità da Stato a Stato, la sua potenziale mutabilità in ciascuno Stato secondo il mutare del tempo, e la competenza d'indagine che deve spettare quanto alla sua applicazione al magistrato, e che corrisponde alla competenza di arbitrio che spetta quanto alla sua definizione al legislatore. È una parte del diritto internazionale privato sulla quale deve essere particolarmente richiamata l'attenzione degli avversarii della sua codificazione, come quella che, anche dopo la codificazione, sarà sempre per riservare un vasto campo d'indagine autonoma e di critica iniziativa alla dottrina ed alla giurisprudenza.

FINE DEL SECONDO VOLUME.

INDICE

CAPITOLO NONO

Le dottrine moderne — La comunità del diritto.

CAPITOLO DECIMO

Il principio di nazionalità.

CAPITOLO UNDICESIMO

La scuola italiana.

CAPITOLO DODICESIMO

Controversia sull'ordine pubblico ed ultimi sviluppi della dottrina del Savigny.

da

pag. 415 dal segno →

fino a pag. 419 segno ←

pag. 430 segno →

a pag. 435 segno ←

pag. 465 dal segno →

a pag. 469 segno ←

da pag. 423 segno →

alla fine

Copie 3